

# La Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar. Las modificaciones (sustantivas) en materia de Maternidad y Riesgo durante la lactancia natural en los diversos regímenes de la Seguridad Social

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO\*

---

## 1. OBJETIVOS Y ETAPAS NORMATIVAS EN EL LARGO CAMINO DE LA CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR: BREVE RECAPITULACIÓN NORMATIVA CON ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS

La maternidad constituye desde hace tiempo una situación que adquiere relevancia en distintos ámbitos jurídicos, tanto en lo que se refiere a la propia conformación de esta situación —en cuanto que se ha modificado para comprender junto a la maternidad biológica, la adoptiva e incluso el acogimiento familiar de menores— como en el alcance de su virtualidad jurídica, es decir, en los efectos que a la misma se le anudan tanto en el ámbito estrictamente laboral

—es decir, sobre el contrato de trabajo—, como en la esfera de la Seguridad Social y en el círculo preventivo. No obstante, no siempre ha sido así. La realidad de la situación laboral de la mujer en España en periodos históricos afortunadamente pasados determinaron la conformación de un régimen de protección de la maternidad bastante parco dado que las mujeres trabajaban mientras y en tanto permanecían solteras, abandonando sus actividades profesionales una vez contraían matrimonio y empezaba la procreación, dedicándose entonces a la atención y cuidado de los hijos por lo que, en general, eran raras o escasas las veces en las que se producía la maternidad vigente un contrato de trabajo o una relación funcionarial, disponiéndose incluso en algún caso el paso obligado a la situación de excedencia forzosa<sup>1</sup> o, en su caso, la mas

---

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I-Castellón.

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, la Reglamentación de Trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España, aprobada

«tibia» situación de excedencia voluntaria «por matrimonio»<sup>2</sup>.

La importancia de la maternidad en el triple ámbito señalado se ha visto acentuada en los últimos años, además, al hilo de dos objetivos políticos convergentes. En primer lugar, a la finalidad de eliminar toda forma de discriminación por razón de sexo en el trabajo y en los distintos ámbitos de la vida social lo que se ha traducido, fundamentalmente, en la adopción de diversas normas, en el ámbito comunitario y en el ámbito nacional, dirigidas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, implicando a los progenitores varones en las funciones de crianza y educación de los hijos como forma de evitar la distribución de los roles familiares en atención a caducos patrones sexistas, así como para evitar que precisamente de ésta se derive una discriminación de la mujer en el ámbito laboral. En segundo lugar, pero en mucha menor medida —no la necesidad sino la intensidad de las medidas arbitradas—, la necesidad de incrementar las bajas tasas de natalidad de nuestro país que, si bien en los últimos años se han visto mejoradas por la masiva incorporación de ciudadanas extranjeras con elevadas tasas de natalidad, debe procurarse su mantenimiento durante un largo periodo de tiempo a fin de asegurar en el futuro la existencia de una mano de obra joven sobre la que hacer recaer el pago de las pensiones de los actuales cotizantes y futuros pensionistas. Si bien es verdad que las

políticas de fomento de la natalidad se desarrollan mas bien a través de las prestaciones familiares, no cabe desdeñar el papel que la protección de la situación de maternidad —tanto la suspensión del contrato como el establecimiento de rentas sustitutivas adecuadas durante esta situación— puede cumplir desde la perspectiva de hacer mas «atractiva» o deseable la maternidad pues, como ya señalaran las instituciones comunitarias, una mejor conciliación de la vida laboral y familiar tendrá una necesaria contribución positiva sobre el aumento de las tasas de natalidad»<sup>3</sup>.

Efectivamente, y centrándonos en primer lugar y muy brevemente, en la extensa actuación comunitaria sobre el particular, en la actualidad es la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Refundición) la que recoge los principales textos sobre la materia, si bien no es ni la única Directiva vigente en la materia, ni agota tampoco las muchas facetas que la maternidad y, en general, la conciliación de la vida laboral y familiar ha recibido y recibe en el contexto de la Unión Europea. La Directiva 2006/54/CE constituye la refundición de ya antiguas Directivas comunitarias —las primeras— que se centraron en la abolición de la discriminación por razón de género recogiendo tanto la evolución en la concepción de dicha concepción como el importante papel que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha desarrollado en su aplicación. La Directiva 2006/54 refunde las Directivas 75/117/CEE de 10 de febrero, relati-

---

por Orden de 20 de junio de 1947, disponía el pase obligado de la mujer trabajadora a la excedencia forzosa por razón de matrimonio. La jurisprudencia constitucional declaró la inconstitucionalidad sobrevenida de dicha norma por discriminatoria, disponiendo el derecho al reingreso de las distintas trabajadoras solicitantes de los amparos (STC 3/1983, de 14 de febrero; STC 13/1983, de 23 de febrero y STC 58/1984, de 9 de mayo).

<sup>2</sup> Así, el art. 45 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, hasta su derogación por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, contemplaba entre las causas de excedencia voluntaria la de «la mujer funcionario, por causa de matrimonio».

---

<sup>3</sup> Sobre el particular, *vid.* in extenso, TORTUERO PLAZA, J.L., «50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral. Del permiso de paternidad obligatorio al apoyo a las PYMES», Madrid (Thomson-Civitas), 2006, pág. 25. En general, *vid.* todo el trabajo reseñado en el que el autor ya propone o anticipa muchas de las medidas que sobre esta materia se han recogido en la LOIEMH.

va a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CE de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo; la Directiva 86/378/CEE de 24 de julio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social; y la Directiva 97/80/CE de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, modificadas todas ellas en diversas ocasiones en muchos casos a consecuencia de la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>4</sup>. No quedan afectadas sin embargo por la refundición, quedando plenamente vigentes, ni la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la mujer embarazada ni tampoco la Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. A este acervo normativo se añade, además, el importante cuerpo jurisprudencial emanado del TJCE —entre cuyas sentencias merece destacar, en el tema que nos ocupa, y sin ánimo exhaustivo, la STJCE de 27-10-1998 (Boyle), la STJCE de 16-3-2004 (Merino Gómez), la STJCE de 30-3-2006 (Alabaster), la STCJE de 8-9-2005 (Mckenna) y la mas reciente STJCE de 16-2-2006 (Sarkatzis Herrero).

<sup>4</sup> Dichas Directivas quedan derogadas con efectos de 15 de agosto de 2009, sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en lo relativo a las fechas de incorporación a su Derecho interno y de aplicación de las directivas que figuran en el anexo I, parte B. (art. 34 Directiva 2006/54). La Directiva entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea lo que tuvo lugar el día 26-7-2006.

Todo este importante *corpus iuris* es el que se ha ido incorporando a través de las distintas modificaciones operadas en el ordenamiento nacional tal y como se señalará a continuación, proceso que ha culminado con la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres que recoge precisamente —e invoca en su propio texto<sup>5</sup>— dicho acervo comunitario. Como ya se ha dicho, no queda afectada por el texto refundido la importantísima Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la mujer embarazada (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)<sup>6</sup>, ni tampoco la Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES: la primera, relativa a la protección de la maternidad y la lactancia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y la segunda, mejorando la regulación del permiso parental y por maternidad.

<sup>5</sup> Disposición Final Cuarta: Transposición de Directivas:

«Mediante la presente Ley se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro».

Asimismo, mediante la presente Ley, se incorporan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

<sup>6</sup> Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco)

La acción comunitaria en materia de igualdad, conciliación de la vida laboral y familiar e incremento de la participación de los varones en la vida familiar, no se agota en los textos señalados. Entre otras actuaciones merecen señalarse la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar<sup>7</sup>; la Recomendación 92/241/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas<sup>8</sup> y la Comunicación de la Comisión, de 7 de junio de 2000 «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres»<sup>9</sup>. Mas recientes son la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de marzo de 2005, por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género<sup>10</sup> así como el vigente Plan de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres (2006-2010) que constituye la continuación del Programa de Oportunidades (2001-2005)<sup>11</sup> del que hace balance proponiendo nuevas actividades centradas en seis áreas prioritarias: la misma independencia económica para las mujeres y los hombres; la conciliación de la vida privada y la actividad profesional; la misma representación en la toma de decisiones; la erradicación de todas las formas de violencia de género; la eliminación de los estereotipos sexistas y la promoción de la igualdad de género en la política exterior y de desarrollo.

En el ámbito nacional, cabe señalar los siguientes hitos normativos en cada uno de los

ámbitos referidos. Así, por lo que se refiere, en primer lugar, a las *modificaciones operadas en el terreno laboral*, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, preveía en su art. 45 la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo, declarando lacónicamente el art. 48 ET que «*en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración máxima de catorce semanas, distribuidas a opción de la interesada*». Otras normas sobre aspectos o consecuencias laborales de la maternidad eran: el art. 46.3 ET, referido a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, por un periodo no superior a tres años; el permiso retribuido por nacimiento de hijo (art. 37.3 ET); la ausencia de la trabajadora del trabajo, durante una hora, por lactancia de hijo menor de nueve meses, sustituible por media hora de reducción de jornada (art. 37.4 ET) y la reducción de jornada por guarda legal de menor, discapacitado o familiar con disminución proporcional del salario (art. 37.5 ET). Salvo el permiso por nacimiento de hijo –previsto para el padre puesto que la madre trabajadora sería la gestante y parturienta– y la reducción de jornada por guarda legal de menor, discapacitado o familiar –no limitada en atención al género del beneficiario–, el resto de previsiones estaban claramente feminizadas, concretando o limitando su disfrute a las trabajadoras. Hay que esperar a la Ley 3/1989 de 3 de marzo<sup>12</sup> para que se inicie el camino de los profundos cambios normativos operados sobre la maternidad en la línea señalada de atenuación o mitigación de los perjudiciales efectos que ésta tiene sobre las carreras profesionales de las trabajadoras. Así, en primer lugar, la Ley 3/1989 introdujo entre las causas de suspensión del contrato, además de la «maternidad» (maternidad biológica habría que decir mas precisamente), la adopción de menores de 5 años.

<sup>7</sup> [Diario Oficial C 218 de 31.7.2000].

<sup>8</sup> [Diario Oficial L 123 de 8.5.1992].

<sup>9</sup> (2001-2005) [COM (2000) 335 final - no publicada en el Diario Oficial].

<sup>10</sup> [COM (2005) 81 final].

<sup>11</sup> Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006)

<sup>12</sup> Por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (BOE de 8-3-1989)

En materia de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos, dio cabida también a los hijos que lo fueran por adopción reconociéndose una reserva del puesto de trabajo durante el primer año de dicha excedencia, cuya duración continuó cifrada globalmente en tres años. Mayores fueron las modificaciones operadas sobre la maternidad como causa de suspensión del contrato: no sólo se amplió a dieciséis semanas sino que también se reconoció por vez primera el incremento hasta dieciocho semanas en supuestos de parto múltiple, estableciendo, siguiendo las recomendaciones de la OMS, el descanso obligatorio postparto en 6 semanas. Además, y por primera vez, se dio entrada al padre como posible beneficiario del disfrute del descanso obligatorio de seis semanas, en caso de fallecimiento de la madre. También podía disfrutar de hasta las cuatro semanas últimas del descanso si la madre optaba por tal posibilidad al inicio del disfrute del descanso por maternidad, siempre que la madre también trabajara y su incorporación no supusiera ningún riesgo para la salud de la madre. Por lo que respecta a la maternidad por adopción de hijo menor de nueve meses, la duración de la suspensión se cifró ya en 8 semanas, que se reducían a 6 semanas si el adoptado era mayor de 9 meses y menor de cinco años, a contar en ambos casos a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, si bien la Ley 8/1992, de 30 de abril<sup>13</sup> abrió la posibilidad de que se computara a partir del acogimiento por ser a partir de ese momento inicial del proceso de adopción en el que suele concurrir la necesidad de cuidados del menor que pueden resultar ya innecesarios en el momento en que se emite finalmente la resolución de adopción. Finalmente, se amplió al padre la posibilidad de disfrute del permiso por lactancia en el caso de que ambos progenitores trabajasen. De menor intensidad fue la modificación, parcial, operada por la Ley 4/1995, de

23 de marzo<sup>14</sup> por la cual, asimilando el régimen otorgado a la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos al régimen de la excedencia forzosa, se amplió la reserva del puesto de trabajo a los tres años de duración máxima si bien restringiendo al primer año la reserva del puesto de trabajo y limitando la restante a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Como luego se señalará, también en materia de Seguridad Social previó algunas modificaciones relevantes. La aprobación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo no determinó ninguna modificación respecto de lo que ya había previsto la señalada Ley 8/1992, de 30 de abril incluyendo al mismo nivel que la adopción el acogimiento de menor de 5 años como causa de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, en los mismos términos señalados a contar desde la fecha de la resolución administrativa de acogimiento siendo mérito de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>15</sup> la definitiva equiparación entre la maternidad biológica, la adopción y el acogimiento preadoptivo.

Pero sin duda, fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre<sup>16</sup> la que operó la modificación más importante hasta la recién promulgada Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOIEMH). Efectivamente, la citada Ley traspuso a nuestro ordenamiento jurídico la abundante normativa comunitaria —e internacional— que venía incidiendo en la necesidad de la adopción de medidas efectivas que facilitaran la conciliación de la vida laboral y familiar de las per-

<sup>13</sup> BOE de 1-5-1992.

<sup>14</sup> Excedencia para el cuidado de los hijos. Regula el permiso parental y por maternidad en materia de excedencia para el cuidado de los hijos (BOE de 24-3-1995).

<sup>15</sup> BOE de 31-12-1996.

<sup>16</sup> Para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras (BOE de 6-11-1999).



sonas trabajadoras. Las medidas conciliadoras, aunque no se agotan en la protección de la maternidad sino que alcanzan a todos los supuestos de «responsabilidades familiares», sí tienen una importante incidencia sobre la maternidad, mejorando en gran medida el régimen jurídico de la misma. Resumidamente, pues con posterioridad se hará cumplida referencia a las mismas al constituir prácticamente el régimen jurídico actual, las novedades relativas a la maternidad que se introdujeron por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre fueron las siguientes: a) en primer lugar, se modificó el Art. 37.4 ET referido a la reducción de jornada por lactancia, sustituyéndose la referencia a la «jornada normal» como módulo del que predicar la reducción, por «su jornada» referida a la trabajadora. Se clarificaba así normativamente los problemas que venía presentando la aplicación de este reducción de jornada en los supuestos de trabajadoras con jornadas inferiores a la «normal» bien por trabajar a tiempo parcial, bien por disfrutar de jornadas reducidas por cualquier causa de las legalmente previstas como, por ejemplo, la guarda legal de menor<sup>17</sup>; b) en segundo lugar, se añadió un nuevo apartado 6 al Art. 37 ET por el cual se precisaba que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada correspondería al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, disponiendo la obligación de preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha de reincorporación a su jornada ordinaria y remitiendo al

proceso establecido en el Art. 138 bis LPL la resolución de las discrepancias que pudieran surgir entre el empresario y el trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute; c) En tercer lugar, se amplió la duración de la suspensión contractual por maternidad en el supuesto de parto múltiple pues, frente a la duración general y única de 18 semanas, se reconocieron dos semanas mas por cada hijo a partir del segundo; d) También se ampliaron las posibilidades de disfrute del padre en caso de fallecimiento de la madre pues, si en la regulación anterior a éste sólo se le reconocía la posibilidad de disfrutar el periodo de descanso voluntario, la nueva regulación cedió al padre, en caso de fallecimiento de la madre, la totalidad o parte que restara sin disfrutar del periodo de suspensión con independencia de que se tratara del periodo de descanso voluntario u obligatorio; e) En cuarto lugar, se modificaron también las posibilidades de disfrute del padre ya fuera del supuesto de fallecimiento de la madre, tanto por la duración posible, como por el hecho de que dicho disfrute podía ser sucesivo o simultáneo al disfrute materno; f) en quinto lugar, se modificó el régimen jurídico de la suspensión del contrato en los supuestos de adopción, tanto en lo que se refiere a su duración –pues se unificó con la maternidad biológica y se suprimió la diferenciación entre adoptado menor o mayor de 9 meses, siempre que fuera menor de 6 años– como porque se dio entrada al acogimiento, tanto preadoptivo como permanente. Incluso por lo que se refiere a la edad del adoptado, se elevó a mayores de seis años cuando se trataran de incapacitados o de menores que, por sus circunstancias o experiencias personales o por provenir del extranjero tuvieran especiales dificultades de inserción social y familiar; g) En sexto lugar, se reconoció por vez primera la posibilidad de que los distintos periodos se disfrutaran a jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados; h) en séptimo lugar, se permitió la anticipación en el inicio del disfrute

<sup>17</sup> Así, algunas sentencias entendieron que en los supuestos de jornadas inferiores, y en atención al principio de buena fe, había que ponderar la duración tanto de la ausencia como de la reducción de la jornada. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña 8-3-1999 (AS 1999, 1721). En sentido contrario, la STSJ Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2003 (AS 2003, 2289). La STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 1955) se refiere a la modificación operada por la Ley 39/1999 para justificar el cambio de criterio en su aplicación a una trabajadora a tiempo parcial de dicha previsión sin prorratear en función de su jornada.

del permiso en los supuestos de adopción internacional cuando fuera necesario el desplazamiento previo de los padres al país del origen del adoptado; i) en octavo lugar, se creó la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, articulando una nueva prestación de seguridad social para sustituir las rentas dejadas de percibir por dicha suspensión contractual.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la protección de la maternidad por *el sistema de Seguridad Social*, ésta constituyó situación determinante de la incapacidad laboral transitoria hasta la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ley que modificó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, recién aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La Ley 42/1994 configuró la maternidad como una nueva prestación autónoma de la ILT –la cual, a su vez, mudó su denominación a la actual de Incapacidad Temporal–. La nueva regulación, mediante la adición de un nuevo capítulo IV bis al Título II LGSS, supuso, entre otras cuestiones, una clara mejora de la cuantía y del régimen jurídico de la prestación en tanto la primera se cifraba en el 100% de la base de cotización del mes anterior al inicio del disfrute del permiso por maternidad, naciendo el derecho en el mismo momento del inicio de la suspensión contractual, frente a la regulación anterior en la que se aplicaban en su integridad las reglas de la incapacidad laboral transitoria y por tanto, con la cuantía y el nacimiento previsto para ésta derivada de riesgos comunes. La Ley 39/1999, de 11 de noviembre, antes citada, introdujo, además de las necesarias correcciones en el Art. 133 bis en aras a acoger dentro de la situación protegida por la maternidad el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente recién introducido como causa de suspensión del contrato, un nuevo capítulo IV ter por el que se creó la nueva situación protegida del Riesgo durante el embarazo, cubriendo así la laguna legal existente en la

regulación contenida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Efectivamente, y en tercer lugar, la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales* previó en su Art. 26, de protección de la maternidad, la obligación empresarial, cuando la evaluación de los riesgos revelara algún riesgo para la gestación o la lactancia, de adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, obligación que alcanzaba incluso, en caso de que la misma no fuera posible, a la movilidad funcional de la trabajadora a un puesto compatible con su estado. En su redacción original, el alcance de dicha obligación se limitaba a dicha movilidad funcional pero no preveía la eventualidad de que dicha movilidad no fuera posible, bien por inexistencia de puesto exento de riesgos, bien en términos más generales, por ausencia de cualquier otro puesto de trabajo. La Ley 39/1999 introdujo una nueva prestación económica destinada precisamente a atender tal eventualidad previendo la posible suspensión del contrato de trabajo cuando dicho cambio de trabajo no resultara posible, técnica u objetivamente, o no pudiera razonablemente exigirse por motivos justificados. Dicha prestación, limitada al periodo de gestación –con exclusión por tanto, de la lactancia–, se cifraba en el 75% de la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes. Por lo demás, la LPRL ya contemplaba en su redacción original el derecho de las trabajadoras a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo (Art. 26.5 LPRL).

¿Y cual ha sido el impacto real de todas estas reformas en el reparto de las cargas familiares y en el incremento de la natalidad, que eran los objetivos de las distintas modificaciones normativas? Desgraciadamente, las estadísticas de las que dispone-

mos ponen de manifiesto que aún falta mucho camino por andar tanto en un aspecto como en otro si bien, aunque en un porcentaje ínfimo, los datos han cambiado en positivo. Así, por lo que se refiere al reparto de las cargas familiares, en general, continúan recayendo fundamentalmente sobre la mu-

jer, tanto la atención de los hijos como de otros familiares. Así prácticamente el total de los *permisos de maternidad* son disfrutados por las madres con una muy baja participación de los padres, aunque sí es verdad que se ha producido un pequeño aumento en su participación<sup>18</sup>:

### PERMISOS DE MATERNIDAD/PATERNIDAD

	Ambos sexos (Datos absolutos)	% Madres
1996	127.738	—
1997	146.971	—
1998	148.751	—
1999	166.946	—
2000	192.422	99,03
2001	208.695	98,69
2002	224.419	98,52
2003	239.858	98,46
2004*	282.080	98,37
2005*	298.605	98,24
2006	320.554	98,36

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Instituto Nacional de Seguridad Social.

\* El volumen de perceptores de maternidad gestionados por el INEM están referidos a noviembre.

Por lo que se refiere a las *cargas familiares*, los datos disponibles ponen de manifiesto que, hasta la fecha en la que aparece dicho dato, prácticamente la totalidad de trabajadores ocupados a tiempo parcial por obliga-

ciones familiares —comprendiendo este concepto tanto el cuidado de hijos como el de otros familiares— corresponde a mujeres y tanto en el caso de trabajadoras por cuenta ajena como por cuenta propia<sup>19</sup>:

<sup>18</sup> Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en <http://www.ine.es>: (Tabla: W76).

<sup>19</sup> Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en <http://www.ine.es>: (Tabla: W583).



**POBLACIÓN OCUPADA SEGÚN SITUACIÓN PROFESIONAL Y TIPO DE JORNADA**  
Nueva metodología. EPA 2005

	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Ambos sexos	TOTAL	14.122,00	14.959,80	15.782,30	16.348,20	16.825,40	17.559,70	18.298,10	19.314,30	20.001,80	20.069,20
	Trabajadores por cuenta propia	3.144,20	3.081,80	3.124,80	3.182,00	3.109,90	3.164,00	3.246,90	3.446,20	3.524,20	3.541,70
	Jornada completa	2.922,60	2.854,40	2.907,90	2.966,60	2.911,10	2.945,60	3.023,50	3.040,20	3.160,60	3.140,80
	Jornada parcial	221,20	227,40	216,70	215,40	198,80	219,20	223,30	406,00	363,60	401,00
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	31,80	42,90	43,30	29,90	29,90	33,10	30,70			
Ambos sexos	Asalariados	10.958,70	11.860,20	12.640,90	13.698,08	13.098,80	14.374,60	15.022,40	15.841,60	16.466,20	16.514,50
	Jornada completa	10.092,20	10.926,90	11.653,20	12.066,58	12.555,50	13.130,00	13.654,50	13.943,10	14.458,30	14.423,20
	Jornada parcial	853,40	933,40	987,70	1.081,40	1.143,30	1.244,60	1.367,90	1.898,50	2.007,80	2.091,30
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	62,90	73,10	95,30	88,10	110,10	116,00	126,30			
	Otra situación	19,20	17,80	16,80	18,30	16,70	20,30	18,80	26,40	11,50	13,00
% Mujeres	TOTAL	35,09	36,23	36,07	37,02	38,00	38,79	39,43	40,20	40,85	40,93
	Trabajadoras por cuenta propia	30,10	30,26	30,17	30,41	29,94	30,98	31,36	31,27	31,33	31,71
	Jornada completa	27,34	27,62	27,28	27,50	27,42	28,04	28,70	26,94	27,22	27,41
	Jornada parcial	68,55	63,46	68,90	70,52	68,85	70,48	67,35	63,65	67,05	65,39
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	98,73	99,30	99,31	99,00	97,99	100,00	98,05			
% Mujeres	Asalariadas	36,48	37,77	38,53	38,98	39,81	40,51	41,15	42,14	42,89	42,92
	Jornada completa	32,98	34,12	34,99	35,31	36,97	36,56	37,06	36,79	37,50	37,38
	Jornada parcial	77,92	80,41	88,31	79,94	82,07	82,20	82,03	81,46	81,73	81,08
	Jornada parcial por obligaciones familiares (*)	94,90	99,73	98,74	99,55	99,46	98,45	99,05			
	Otra situación	56,25	43,26	37,50	44,81	49,70	37,44	52,66	40,91	34,78	30,00

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, INE.

Nota: 1998-2006 (IV Trimestre).

(\*) Cuidado de niños o de adultos discapacitados.

Similar conclusión se deriva de los datos relativos a la excedencia para el cuidado de hijos en las que prácticamente el 95,5% son disfrutadas por las madres, si bien ha aumentado, aunque sea en un escaso 0.69% en seis años, la participación de los padres<sup>20</sup>:

#### EXCEDENCIAS\* POR CUIDADOS DE HIJOS/AS

	Total	% Madres
2000	8.339	96,02
2001	10.163	96,43
2002	12.694	96,18
2003	13.879	96,38
2004	16.963	96,34
2005	19.942	95,23
2006	20.225	95,33

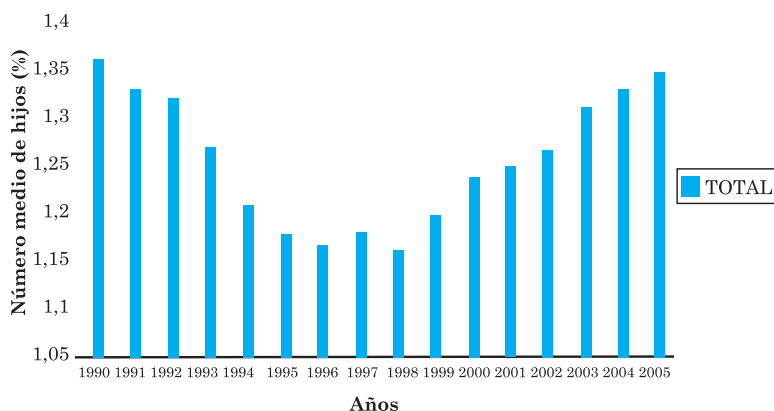
(\*) Vigentes en diciembre.

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Tesorería Central de la Seguridad Social.

Por lo que respecta a la natalidad, desde el año 1998, año en el que en España se al-

canzó la tasa de natalidad (número de hijos/as por mujer) mas baja hasta la fecha (1.16 hijos/mujer) se ha producido una recuperación significativa hasta la actualidad (1.35 hijos/mujer en 2005)<sup>21</sup>, aumento atribuible, según los demógrafos, al importante crecimiento de la inmigración, colectivo que todavía presenta altas tasas de natalidad siendo difícil valorar el impacto de las políticas de conciliación sobre este incremento. Hay que recordar que el número medio de hijos/as por mujer en España en el año 1976 era de 2,79 hijos/mujer. Se trata de una tasa que reflejaba la completa dedicación de la mujer al trabajo en el hogar reflejando la anterior concepción machista del rol de la mujer en la sociedad restringido al ámbito doméstico y totalmente excluida de la actividad profesional retribuida. Prácticamente ningún país de la UE, salvo precisamente aquellos mas cercanos a esa retrógrada concepción de la mujer en la que, por la fuerte influencia de la Iglesia Católica los medios anticonceptivos y los sistemas de planificación familiar estaban criminalizados (Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y Polonia), tenía en esas fechas tasas tan elevadas<sup>22</sup>.

#### NÚMERO MEDIO DE HIJOS/AS POR MUJER (TOTAL ESPAÑA)



<sup>20</sup> Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en <http://www.ine.es>: (Tabla: WExcedencias).

<sup>21</sup> Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE) en <http://www.ine.es>: (tabla W602). El gráfico es de elaboración propia.

<sup>22</sup> (Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE) en <http://www.ine.es>: (Tabla Whijos UE).

## NÚMERO MEDIO DE HIJAS/OS POR MUJER EN LA UNIÓN EUROPEA

(Indicador coyuntural de fecundidad), según países

	1976	1981	1986	1991	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Total UE (1)	1,92	1,77	1,59	1,53	1,44	1,45	1,45	1,45	1,50	1,49	1,50	1,52	1,52
Total UE (2)	1,98	1,83	1,69	1,60	1,44	1,44	1,43	1,42	1,48	1,46	1,46	1,48	1,50
Alemania	1,51	1,53	1,41	1,33	1,32	1,37	1,36	1,36	1,38	1,35	1,31	1,34	1,37
Austria	1,69	1,67	1,45	1,51	1,45	1,39	1,37	1,34	1,36	1,33	1,40	1,38	1,42
Bélgica	1,73	1,67	1,54	1,66	1,59	1,61	1,59	1,61	1,66	1,64	1,62	1,64	1,64
Dinamarca	1,76	1,44	1,48	1,68	1,75	1,75	1,72	1,73	1,77	1,74	1,72	1,76	1,78
España	2,79	2,04	1,56	1,33	1,17	1,19	1,15	1,20	1,24	1,26	1,27	1,30	1,32
Finlandia	1,70	1,64	1,60	1,79	1,76	1,75	1,70	1,74	1,73	1,73	1,72	1,76	1,80
Francia	1,83	1,95	1,83	1,77	1,72	1,71	1,75	1,79	1,88	1,89	1,88	1,89	1,90
Grecia	2,35	2,09	1,60	1,38	1,30	1,31	1,29	1,28	1,29	1,25	1,27	1,28	1,29
Holanda	1,63	1,56	1,56	1,61	1,53	1,56	1,63	1,65	1,72	1,71	1,73	1,75	1,73
Irlanda	3,31	3,07	2,43	2,08	1,88	1,94	1,95	1,91	1,90	1,94	1,97	1,98	1,99
Italia	2,10	1,59	1,34	1,31	1,20	1,22	1,19	1,22	1,24	1,25	1,26	1,28	1,33
Luxemburgo	1,48	1,55	1,43	1,60	1,76	1,71	1,68	1,73	1,76	1,66	1,63	1,63	1,70
Portugal	2,58	2,13	1,66	1,57	1,44	1,47	1,48	1,50	1,55	1,45	1,47	1,44	1,42
Reino Unido	1,74	1,82	1,78	1,81	1,72	1,72	1,71	1,68	1,64	1,83	1,84	1,71	1,74
Suecia	1,68	1,83	1,80	2,11	1,80	1,52	1,50	1,50	1,54	1,57	1,65	1,71	1,75
Chipre	2,25	2,37	2,40	2,33	2,08	2,00	1,92	1,83	1,64	1,67	1,49	1,50	1,49
Eslovaquia	2,54	2,29	2,20	2,05	1,47	1,43	1,38	1,33	1,30	1,20	1,18	1,20	1,25
Eslovenia	2,20	1,94	1,65	1,42	1,28	1,25	1,23	1,21	1,26	1,21	1,21	1,20	1,22
Estonia	2,08	2,07	2,17	1,79	1,30	1,24	1,21	1,24	1,34	1,34	1,37	1,37	1,40
Hungría	2,23	1,88	1,84	1,88	1,48	1,38	1,33	1,29	1,32	1,31	1,30	1,27	1,28
Letonia	1,93	1,90	2,21	1,86	1,16	1,11	1,10	1,18	1,24	1,21	1,24	1,29	1,24
Lituania	2,10	2,00	2,10	2,01	1,49	1,47	1,48	1,46	1,39	1,30	1,24	1,26	1,26
Malta	2,20	1,93	1,94	2,04	2,10	1,95	—	1,72	1,72	1,72	1,48	1,46	1,37
Polonia	2,30	2,24	2,22	2,05	1,58	1,51	1,44	1,37	1,34	1,29	1,24	1,22	1,23
República Checa	2,38	2,02	1,93	1,86	1,18	1,19	1,16	1,13	1,14	1,14	1,17	1,18	1,23
Bulgaria	2,25	2,01	2,00	1,65	1,24	1,09	1,11	1,23	1,30	1,24	1,21	1,23	1,29
Rumanía	2,58	2,37	2,39	1,56	1,30	1,32	1,32	1,30	1,31	1,27	1,28	1,27	1,29

(1) EU15 Unión Europea (15 países).

(2) EU25 Unión Europea (25 países).

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE. Indicadores Demográficos Básicos. Datos Europeos.

El INE elabora estos datos a partir de EUROSTAT. Newcronos.

Sin embargo, en el año 2007, también Grecia (1.28 hijos/mujer) y Polonia (1.24 hijos/mujer) presentan unas tasas muy bajas de natalidad y aunque Irlanda (1.88 hijos/mujer) se mantiene entre los Estados de la Unión Europea con las tasas mas altas, están muy alejadas de las anteriormente señaladas<sup>23</sup>.

Sobre todos los aspectos anteriormente señalados incide ahora la LOIEMH. Con ca-

rácter general, y en primer lugar, declara el carácter directamente discriminatorio por razón de sexo que cabe atribuir a cualquier trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad (art. 8 LOIEMH), anudando a dicha tipificación la nulidad absoluta de dicha conducta y la consiguiente responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones del perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias (art. 10). Desde la perspectiva procesal, y siguiendo la normativa comunitaria sobre el particular así

<sup>23</sup> (Fuente: Eurostat Communiqué de Presse 32/2007, 5 de mars 2007. Se puede descargar en <http://epp.eu-rostat.ec.europa.eu/portal>.

como la jurisprudencia constitucional, la LOIEMH declara expresamente que en los procedimientos en los que la parte actora funde sus alegaciones en actuaciones discriminatorias, corresponderá la carga de la prueba de la ausencia de discriminación de las medidas adoptadas y su proporcionalidad a la parte demandada, inversión de la carga probatoria que afecta en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lógicamente el penal (art. 13 LOIEMH)<sup>24</sup>. En segundo, y como a continuación se va a desarrollar extensamente, la LOIEMH ha afectado, en mayor o menor medida, a los principales instrumentos, mecanismos o instituciones en materia de maternidad.

A modo de presentación cabe señalar el siguiente esquema de previsiones normativas. Se ha optado por la exposición de las novedades agrupadas por ordenamientos jurídicos afectados pues aunque tradicionalmente existía una correlación entre las medidas adoptadas en el ámbito del contrato de trabajo y la protección dispensada para tales medidas (suspensiones, permisos, excedencias...) en el terreno de la Seguridad Social, la extensión a los trabajadores por cuenta propia de, prácticamente, todas las previsiones protectoras en el ámbito de la Seguridad Social ha roto dicha correlación o vinculación, haciendo mas adecuada la exposición de la protección agrupada por bloques normativos.

### 1.1. Medidas de protección de la maternidad en el ámbito laboral

#### 1.1.1. Descanso por maternidad (art. 48. ET)

A. Previsiones en materia de *tiempo de trabajo (Jornada)*: a) Adaptación de jornada

(art. 34.8 ET); b) Permisos y reducciones de jornada (art. 37): nacimiento y hospitalización de hijo o familiar; permiso por lactancia; permiso por parto prematuro; y reducción de jornada por guarda legal de menor, discapacitado o familiar; c) Otras cuestiones: las vacaciones y la gestación.

B. *Previsiones en materia de suspensión del contrato*: a) Modificaciones sobre la excedencia voluntaria; b) Suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia, c) Cuestiones derivadas: derecho a la mejora de las condiciones de trabajo (art. 48.4 párrafo último ET) y disposiciones en materia de cálculo de las prestaciones en supuestos de reducción de jornada y suspensiones (D.A.18ª ET).

### 1.2. Medidas de protección en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

La nueva causa de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia: contexto de la prevención

### 1.3. Medidas de protección de la maternidad y conexas en el ámbito de la Seguridad Social

1.3.1. *La prestación de maternidad*: a) Modificaciones relativas al periodo de carencia: supuestos; b) La nueva prestación asistencial; c) Relaciones entre la prestación de maternidad y la prestación de desempleo; d) Aplicación a los regímenes especiales.

1.3.2. *La prestación por riesgo durante el embarazo*: a) Cambio sobre la naturaleza jurídica de la prestación: consecuencias en materia del periodo de carencia y gestión; b) Modificaciones sobre la cuantía de la prestación: base reguladora y porcentaje aplicable.

1.3.3. *La nueva prestación por riesgo durante la lactancia*: a) Naturaleza de la prestación; b) Duración; c) Cuantía.

<sup>24</sup> La D.A. 5ª y 6ª LOIEMH introduce sendos nuevos apartados en la LEC/2000 y LJCA, respectivamente, en tal sentido.

1.3.4. *Modificaciones en materia de Prestaciones Familiares (en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar):* a) Ficción de cotización (parcial) del periodo de excedencia para el cuidado de hijos; b) Ficción de cotización (al 100%) de la reducción de jornada por cuidado de hijos, discapacitados y otros familiares; c) Consideración como cotizados al 100% de los periodos de reducción de jornada para la consideración como cotizados de los periodos de excedencia (Art. 180.3 LGSS).

1.3.5. *Otras cuestiones en materia de Seguridad Social:* a) Cómputo de las cotizaciones en maternidad, paternidad y riesgos; b) Bonificaciones a la Seguridad Social de los contratos de internidad por sustitución (Modificaciones del RD Ley 11/1998 y Ley 12/2001); c) Cálculo de la prestación por desempleo desde una reducción de jornada (art. 211.5 LGSS); d) Subsidio por desempleo de trabajo a tiempo parcial (Art. 217.1 LGSS)

1.3.6. *Una ocasión perdida: trabajo a tiempo parcial y maternidad.*

## 2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

La LOIEMH modifica o afecta a la maternidad en tres aspectos o dimensiones: en primer lugar, en lo referente al descanso por maternidad; en segundo lugar, en las distintas previsiones referidas al tiempo de trabajo, tanto en lo referente a permisos y reducciones de la jornada de trabajo como a aspectos relativos a la vacaciones y las consecuencias que la gestación puede tener sobre la misma; y finalmente, y en tercer lugar, en lo referente a la suspensión del contrato fuera del supuesto del descanso por maternidad.

### 2.1. Suspensión del contrato por el descanso por maternidad

No cabe duda que una de las medidas mas importantes de protección de la maternidad

la constituye el descanso por maternidad, tanto en su configuración como causa de suspensión del contrato de trabajo, como en la protección económica que el sistema de Seguridad social arbitra para hacer frente a la pérdida de rentas que se deriva de dicha suspensión, dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo.

La LOIEMH modifica en algunos aspectos puntuales el régimen jurídico de la *suspensión contractual por maternidad*, afectando a la maternidad biológica y a la maternidad por adopción o acogimiento.

Efectivamente, y en primer lugar, por lo que respecta a la *maternidad biológica* se modifica su régimen jurídico en varios de sus aspectos. Así, no sólo se amplía en dos semanas mas el periodo de 16 semanas –o el correspondiente en caso de parto múltiple– de la suspensión del contrato, en caso de que el *hijo sea discapacitado*<sup>25</sup>, modificación que, con ser importante, no deja de ser puntual, cuanto se mejora sustancialmente la posible intervención del padre en el disfrute de dicho descanso. Como es sabido, en la regulación vigente hasta la promulgación de la LOIEMH<sup>26</sup> el derecho del padre al disfrute del descanso se articulaba como secundario o subsidiario, en gran medida por el hecho de que en la maternidad biológica concurre una doble situación protegida: el cuidado del hijo pero también,

<sup>25</sup> La doctrina ya había señalado la importancia de dar relevancia a determinados hechos diferenciales en orden a la mejora del régimen jurídico del permiso por maternidad señalado entre dichos hechos diferenciales la discapacidad de los padres y/o de los hijos y las familias monoparentales. El legislador se ha limitado a otorgar relevancia sólo al hijo discapacitado sin tomar en consideración las otras propuestas. Vid. TORTUERO PLAZA, J.L., «50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Madrid (Thomson-Civitas), 2006.

<sup>26</sup> Aunque referido al aspecto de Seguridad Social, el RD 1251/2001, de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social y riesgo durante el embarazo puede ser muy útil para precisar determinados aspectos del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo.

lógicamente, la recuperación de la madre. Además, toda la regulación se encontraba estructurada alrededor de la idea de que la duración de la suspensión era una y única —la que correspondiera— y que únicamente se producía un reparto entre ambos progenitores. Por la conjunción de ambos planteamientos se explican, en gran medida, las distintas disposiciones vigentes hasta la reforma por la LOIEMH:

a) En primer lugar, y por lo que respecta a la titularidad del derecho, se predicaba de la madre lo que explica tanto el hecho de que el padre no pudiera hacer uso del mismo si aquélla no tenía derecho a la suspensión de su actividad profesional con derecho a prestación —como así declaró el Tribunal Supremo reiteradamente<sup>27</sup>, salvo en caso de fallecimiento de la madre (art. 4 RD 1251/2001)—, como el hecho de que fuera a la madre a quien le correspondiera la cesión del derecho al padre —con exclusión del descanso obligatorio de las seis semanas posteriores— así como que éste sólo tuviera derecho a la totalidad del descanso en caso de fallecimiento de la madre, en cuyo caso, su derecho también estaba condicionado al periodo que la madre hubiera ya disfrutado pues al padre sólo le quedaba el que no hubiera disfrutado aquélla. Igualmente, el derecho del padre al dis-

frute de la eventual cesión que la madre pudiera haber realizado en su favor con anterioridad al disfrute del descanso y siempre con la salvedad del descanso obligatorio estaba condicionado a que en el momento de la efectividad la incorporación al trabajo no supusiera un riesgo para su salud, lo que implicaba, lógicamente, la imposibilidad del disfrute por parte del padre si la madre continuaba incapacitada para incorporarse al puesto de trabajo.

La LOIEMH dispone, en primer lugar, la posibilidad de que el otro progenitor pueda hacer uso del descanso incluso aunque la madre no tuviera derecho a suspender su actividad con derecho a prestaciones, y por el tiempo que le hubiera correspondido a aquélla, siendo además este derecho plenamente compatible con el derecho a la suspensión del contrato por paternidad<sup>28</sup>. Se acaba así con la jurisprudencia antes señalada que negaba el derecho a la suspensión por maternidad en estos casos en atención a que la titularidad del derecho correspondía a la madre y, por tanto, no cabía la cesión del derecho al padre si la madre carecía del mismo. Se trata de un derecho que, además, resulta acumulable al nuevo descanso por paternidad que la propia LOIEMH introduce en el art. 48 bis ET. Como se ha señalado, se trata de permitir su disfrute al padre cuando la madre carece del derecho a la suspensión del contrato, no a la prestación económica arbitrada por la Seguridad social pues la posibilidad de disfrute por el padre cuando la madre no podía acceder a la prestación económica por maternidad por no reunir el periodo mínimo de cotización ya se contempla en el vigente RD 1251/2001 (art. 4.1 párrafo cuarto) si bien restringido a los supuestos de parto lo que explica que se descuenta el periodo de seis

<sup>27</sup> STS de 20-11-2001 (RJ 2002, 360) referida a una abogada excluida del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y la anterior STS de 28-12-2000 (RJ 2000, 1882) referida a una Registradora de la Propiedad excluida del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y entonces, también, del ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social. En el mismo sentido, y posteriormente, STS de 18-3-2002 (RJ 2002, 6236).

Lo anterior no se contradice con el hecho de que el RD 1251/2001, de 16 de noviembre dispusiera la posibilidad de que, en el supuesto de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido, el padre, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando el periodo de seis semanas de descanso obligatorio y siempre que el padre reúna el periodo de carencia.

<sup>28</sup> El art. 48 bis ET introducido por la propia LOIEMH prevé la suspensión del contrato por paternidad durante 13 días ininterrumpidos, ampliables en supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días mas por cada hijo a partir del segundo.



semanas. La nueva regulación unifica, parece ambas situaciones cuando la imposibilidad de acceso a la prestación sea por falta del necesario periodo de carencia: tanto cuando la madre no tenga derecho a la suspensión del contrato –lo que implica también necesariamente su exclusión del ámbito de la prestación económica de maternidad– como cuando tenga derecho a la suspensión del contrato pero no a la prestación económica, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato por la totalidad del periodo que le hubiera correspondido a la madre, lo que incluye las seis semanas de descanso obligatorio salvo si la madre disfruta del nuevo subsidio por maternidad. Surge aquí una duda importante que no parece encontrar respuesta en la regulación legal: ¿cabe que, en los supuestos de parto en los que la madre no puede acceder a la prestación económica contributiva de maternidad por insuficiencia del periodo de carencia el disfrute del permiso de maternidad por otro progenitor si éste si lo reúne y la percepción simultánea por la madre de la nueva prestación económica asistencial prevista para las 6 semanas de descanso obligatorio? Parece que ningún obstáculo se deriva de la regulación ni de la actual regulación reglamentaria: incluso ésta última podía interpretarse (art. 4.1 párrafo cuarto) en sentido afirmativo si bien excluyendo del permiso de maternidad a disfrutar por el padre –lógicamente la madre debería incorporarse a su puesto de trabajo tras el transcurso del periodo de descanso obligatorio– de las seis semanas de descanso obligatorio durante las cuales la madre ha percibido la prestación asistencial de la Seguridad Social.

En segundo lugar, y por lo que respecta a la incidencia que el fallecimiento de la madre puede tener sobre el disfrute del descanso por el padre, la LOIEMH mejora la regulación anterior al disponer que el padre tendrá derecho al disfrute de la totalidad o el tiempo que reste del descanso, computándose la duración del descanso desde la fecha del parto y, por tanto, sin que se reste de dicho descan-

so el periodo que la madre –ahora fallecida– hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. Sí se computa el periodo que la madre hubiera podido llegar a disfrutar del descanso obligatorio si su fallecimiento no es coetáneo al nacimiento del hijo sino en un momento posterior iniciado ya el disfrute del permiso postparto.

Finalmente y en tercer lugar, el disfrute del padre cuando la madre le hubiera cedido el uso del descanso voluntario no queda condicionado ya a que la incorporación de la madre sea posible pues la cesión mantiene su efectividad aunque en el momento previsto para la incorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. Hay que entender, pues nada se dice en sentido contrario, que esta posibilidad de opción a favor del otro progenitor no se enerva por el hecho de que la madre estuviera ya en situación de incapacidad temporal con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad con independencia del origen común o profesional de dicha incapacidad temporal e incluso de su vinculación con el estado de gestación de tal forma que, si efectuada la opción a favor del otro progenitor, la madre no puede reincorporarse al trabajo, y constituye una continuación de la incapacidad temporal anterior, se aplicarán las reglas relativas a la recaída o en su caso, de no ser así, se iniciará un nuevo proceso de incapacidad temporal.

b) Si atendemos a la funcionalidad del permiso o suspensión contractual en el supuesto de la maternidad biológica es, como se ha señalado, doble: la atención y cuidado del recién nacido y la recuperación de la salud por parte de la madre. Esta doble funcionalidad se aprecia claramente en el distinto régimen jurídico de las dos facciones del periodo suspensivo: el obligatorio de seis semanas posteriores al parto –pensado para que la madre pueda recuperar dicha capacidad laboral–, y el resto, pensado para la atención del menor. Es por ello que dicho periodo obligatorio no era cesible al padre y por lo que,

en caso de que se hubiera optado porque el padre disfrutase de parte del descanso voluntario, tal cesión se condicionaba a que no supusiera un riesgo para la salud de la madre, en cuyo caso quedaba sin efecto, así como el hecho de que, en caso de fallecimiento del hijo, la suspensión se extinguiera al transcurrir las seis semanas de descanso obligatorio tras el parto así como que la opción a favor del padre quedara sin efecto (art. 7 RD 1251/2001).

La LOIEMH además de suprimir, como se ha señalado, el condicionante para el disfrute por el padre del descanso voluntario a la efectiva incorporación de la madre al trabajo, permitiendo la efectividad de la cesión previa aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre ésta se encontrara en situación de incapacidad temporal, dispone también, para el caso del fallecimiento del hijo, la posibilidad de que se disfrute del periodo completo de descanso. Con todo, se trata de un derecho renunciable pues la madre puede, una vez disfrutado el descanso obligatorio, solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo. Surge la duda de si, tal y como dispone la norma reglamentaria actualmente vigente queda sin efecto la opción que la madre hubiera podido realizar a favor del padre: parece lo mas razonable dada la imposibilidad de que el descanso pueda cumplir la finalidad para la que se arbitra que es el cuidado del hijo si bien es verdad que lo mismo cabe argüir respecto de la madre. Así lo entiende también la Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo<sup>29</sup> del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el supuesto de parto múltiple, con fallecimiento de alguno o incluso de todos los hijos también opera el incremento de la duración de la suspensión y prestación económica por maternidad en

dos semanas mas por cada hijo a partir del segundo<sup>30</sup>.

En tercer lugar, y en la misma idea de que el descanso, una vez superado su periodo obligatorio, se arbitra con la función de atender al recién nacido o nacidos, la regulación anteriormente vigente –con origen en la Ley 12/2001, de 9 de julio que introdujo este nuevo supuesto– ya disponía que en los supuestos de parto prematuro o en general, en cualquier otro supuesto en que el nacido debiera permanecer hospitalizado tras el parto, se podía interrumpir el cómputo de la suspensión con la finalidad de reservar dicho periodo para atender al menor o menores cuando se produjera el alta hospitalaria pues, en caso contrario, se daba la circunstancia de que el menor estaba siendo atendido facultativamente y que, cuando volvía al hogar precisando de cuidados, en muchos casos, con mayor intensidad, no restaba periodo para el disfrute. La LOIEMH añade ahora a la regulación anterior, y también predicado respecto de los neonatos que precisen hospitalización a continuación del parto por falta de peso o por cualquier otra condición clínica, por un periodo superior a siete días, la ampliación del periodo de suspensión en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales, en los términos en que se prevea reglamentariamente. Habrá que esperar al futuro desarrollo reglamentario para ver el régimen jurídico aplicable a dicho periodo adicional<sup>31</sup> pero

<sup>29</sup> Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte).

<sup>30</sup> Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo: «Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte).

<sup>31</sup> De momento, la Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo entiende que en el caso de que el neonato fallezca con posterioridad a una hospitalización superior a 7 días (en el caso consultado, el recién nacido falleció con 8 días) la maternidad se incrementará en tantos días como hubiese permanecido hospitalizado el recién nacido, con un máximo de 13 semanas:

no parece que ese periodo deba ser procedente de un solo ingreso: el INSS entiende, de momento y a falta de previsión reglamentaria, que la ampliación será de tantos días como permanezca el neonato hospitalizado durante los primeros treinta días de vida, pudiendo ser la hospitalización debida a mas de un ingreso de tal forma que lo relevante es los días que resulten –sumándolos– de hospitalización del neonato desde la fecha de nacimiento hasta los 30 días de vida. Igualmente, de la redacción legal no queda, a mi parecer, suficientemente claro si ambas previsiones referidas a los niños prematuros son acumulables entre sí, es decir, si es posible solicitar la interrupción del cómputo de la suspensión del contrato, una vez superado el periodo de seis semanas de descanso obligatorio y, conjuntamente, la ampliación por todo el periodo de hospitalización del neonato o si, por el contrario, son alternativas. Dado que en todo caso el periodo de descanso obligatorio no puede ser suspendido y, por tanto, los progenitores van a contar con menor tiempo para atender al neonato una vez reciba el alta hospitalaria, parece razonable entender que ambas previsiones son acumulables pues normalmente estos niños precisan cuidados y dedicación superiores a los que precisa un recién nacido que ha cumplido el periodo de gestación normal<sup>32</sup>. Igualmente el desarrollo reglamentario tendrá que clarificar los efectos que la extinción del contrato tendrá sobre esta posible ampliación pues si bien es lógico que en tales caso no proceda la interrupción de la suspensión señalada, tal y

---

«Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte).

<sup>32</sup> No parece entenderlo así el INSS que sólo podrá adicionarse ese periodo de hasta 13 semanas si la madre no se incorpora a su trabajo y disfruta de las 16 semanas ininterrumpidamente. Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo: «Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte).

como dispone el art. 7.4 RD 1251/2001 la extinción en nada afecta a su mayor o menor duración dado además, el régimen jurídico de su conexión con la prestación por desempleo (art. 222.4 LGSS).

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la maternidad por adopción o acogimiento la regulación, aunque parcialmente coincidente con la anterior, necesariamente debe diferir en algún aspecto al no concurrir la necesidad de recuperación de la salud de la madre. La consecuencia es obvia: el régimen jurídico de la suspensión partirá necesariamente de la titularidad para ambos progenitores. La regulación anterior ya se refería como posibles beneficiarios al padre y a la madre y en este sentido no cambia la titularidad de dicho derecho mas que en su tenor literal por la necesaria adaptación a la modificación operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio lo que explica la referencia a «ambos progenitores» en lugar de al «padre y a la madre» anteriormente referidos.

La principal modificación operada en la maternidad no biológica hace referencia a la ampliación de los supuestos protegidos que, si con anterioridad, se limitaban a la adopción o al acogimiento preadoptivo o permanente, ahora se amplían para comprender también el acogimiento simple siempre que tenga una duración no inferior a un año. El acogimiento familiar simple tiene siempre carácter transitorio y procede, bien cuando se prevea la reinserción del menor en su propia familia, bien como una medida transitoria en tanto se adopte una medida de protección del menor que revista un carácter mas estable (art. 173 bis Código Civil). El documento por el que se formaliza el acogimiento debe recoger necesariamente la modalidad del acogimiento y su duración (art. 173 Código Civil)<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> El INSS (Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y otras prestaciones a corto plazo)

Aunque el art. 48.4 ET en lo que se refiere a la suspensión en los supuestos de adopción o acogimiento precisa que en ningún caso un mismo menor puede dar derecho a varios periodos de suspensión, se entiende que esta previsión va referida al cumplimiento de las distintas fase del proceso de adopción y no a la posibilidad, frecuente en la práctica, de que el menor pase por varios procesos, con distintos adoptantes o acogedores, de adopción o acogimiento siempre que el acogimiento simple tenga una duración superior a un año y siempre que haya transcurrido un año desde el primer acogimiento<sup>34</sup>. Esta última previsión parece cuestionable pues cabe perfectamente que el proceso de acogimiento pueda quedar truncado y ello no debe impedir a unos segundos acogedores disfrutar de la suspensión del contrato para atender a ese menor.

También importante, pero coincidente con la modificación operada en el supuesto de maternidad biológica, es la posibilidad ya señalada de que la duración del descanso se amplíe en dos semanas en caso de discapacidad del adoptado o del menor acogido.

---

en el documento « Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte)» da por buenos los criterios de la Direcció General d'Atenció a l'Infància i Adolescència que, en materia de acogimiento simple en familia extensa, al entender que la resolución por la que se constituye el acogimiento por contener datos que afectan a la intimidad de las personas no debe ser entregada mas que a los padres, remitirá una simple comunicación en la que constará la fecha en la que se dicta la resolución de acogimiento y los datos del acogido así como la duración del acogimiento y, para el caso de que la declaración de desamparo se haya declarado con anterioridad al momento de constitución del acogimiento en la comunicación se indica la fecha en la que el niño queda a cargo de la familia, computándose esta fecha como la de efectos de inicio de la prestación.

<sup>34</sup> Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo: «Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte).

## 2.2. Previsiones en materia de tiempo de trabajo

Quizá menos estelares pero no menos importantes son los distintos mecanismos o instituciones en materia de tiempo de trabajo que atienden a la maternidad en orden a establecer derechos en el ámbito de la ejecución del contrato de trabajo, algunos de los cuales se han visto mejorados con la promulgación de la LOIEMH o en su caso, han sido establecidos ex novo.

Esto último ha ocurrido, en primer lugar, con el nuevo derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo en aras a hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo o acuerdo que se contempla en el nuevo art. 34.8 ET<sup>35</sup>. Aunque se trata de un derecho que no está específicamente referido a la protección de la maternidad, pues se refiere genéricamente a la conciliación de la vida personal y familiar con la laboral, no cabe duda que entre las cargas familiares cobran especial relieve las derivadas de la existencia de hijos a cargo como se ha desprende de las estadísticas antes señaladas. Con todo, se trata de un derecho cuya concreción se remite a lo establecido en el convenio colectivo o en acuerdo por lo que no parece que sea directamente exigible hasta la existencia de dicho instrumento convencional y en los términos que éste lo desarrolle. Hay que recordar que el art. 45 LOIEMH<sup>36</sup> prevé

---

<sup>35</sup> Art. 34.8 ET: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o, en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla».

<sup>36</sup> Sobre el particular, *vid.* RUANO ALBERTOS, S. y VICENTE PALACIO, A.: «Los planes de igualdad en las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. Comentario a los artículos 45, 46, 47, 49, D.A.14ª, D.T.4ª, D.F.5ª de la Ley Orgánica la Igualdad Efectiva de

un mandato dirigido a las empresas de evitar cualquier forma de discriminación laboral entre mujeres y hombres compeliéndolas a adoptar medidas a cuya negociación con los representantes legales de los trabajadores se remite a la legislación vigente. Estas medidas, que en algunos casos se deben articular obligatoriamente mediante la elaboración de los denominados Planes de Igualdad<sup>37</sup>, podrán ir referidas, señala expresamente el art. 46 LOIEMH, entre otras materias a la «(...) ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar (...)». Precisamente, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007<sup>38</sup> contempla varias referencias a la necesaria conciliación de la vida laboral y familiar en materia de tiempo de trabajo<sup>39</sup> con el expreso compromiso de contribuir a la aplicación de los contenidos de la LOIEMH (en ese momento, en fase de tramitación parlamentaria).

Tampoco se limita a los hijos— pero probablemente es uno de los supuestos en los que mas se da en la práctica, el permiso —retribuido— por nacimiento u hospitalización de hijo o familiar contemplado en el art. 37.3.b) ET cuyo supuesto de hecho se amplía para dar cabida, en lo que a la enfermedad de dichos familiares se refiere, no sólo a la grave o a la que genera la hospitalización, sino también a los supuestos de intervención quirúrgica sin hospitalización que precisen reposo domiciliario, para así dar cabida a las cada vez mas habituales intervenciones quirúrgicas sin hospitalización. En todo caso, no se ha modificado ni la duración del permiso —que continúa establecido en dos días o cuatro si con tal motivo se precisa desplazamiento—, ni el grado de parentesco: nacimiento de hijo y resto de circunstancias de parientes hasta el segundo grado. Con todo, como señalara la doctrina<sup>40</sup>, la negociación colectiva es prolija en la mejora, cuantitativa y cualitativa, del régimen jurídico de los permisos retribuidos por lo que posiblemente algún convenio ya regulara tal supuesto o similar si bien resulta, desde luego, aplaudible su reconocimiento a todos los trabajadores vía normativa y la generalización que ello implica. El legislador continúa exigiendo la gravedad tanto del accidente como de la enfermedad lo que fue criticado por la doctrina<sup>41</sup> entendiendo que la Directiva comunitaria que la Ley 39/1999, de 11 de noviembre trasladaba en esta materia a nuestro ordenamiento era mas amplia en la definición del concepto de «fuerza mayor familiar». Distinto tratamiento recibe la hospitalización que, en todo caso, da derecho al disfrute del permiso así como la intervención quirúrgica sin hospitalización cuando precise reposo domiciliario: es lógico que la hospitalización genere este derecho tanto porque la hospitalización no se acuerda normalmente mas que en supuestos de gravedad —aunque es verdad que

gica sin hospitalización que precisen reposo domiciliario, para así dar cabida a las cada vez mas habituales intervenciones quirúrgicas sin hospitalización. En todo caso, no se ha modificado ni la duración del permiso —que continúa establecido en dos días o cuatro si con tal motivo se precisa desplazamiento—, ni el grado de parentesco: nacimiento de hijo y resto de circunstancias de parientes hasta el segundo grado. Con todo, como señalara la doctrina<sup>40</sup>, la negociación colectiva es prolija en la mejora, cuantitativa y cualitativa, del régimen jurídico de los permisos retribuidos por lo que posiblemente algún convenio ya regulara tal supuesto o similar si bien resulta, desde luego, aplaudible su reconocimiento a todos los trabajadores vía normativa y la generalización que ello implica. El legislador continúa exigiendo la gravedad tanto del accidente como de la enfermedad lo que fue criticado por la doctrina<sup>41</sup> entendiendo que la Directiva comunitaria que la Ley 39/1999, de 11 de noviembre trasladaba en esta materia a nuestro ordenamiento era mas amplia en la definición del concepto de «fuerza mayor familiar». Distinto tratamiento recibe la hospitalización que, en todo caso, da derecho al disfrute del permiso así como la intervención quirúrgica sin hospitalización cuando precise reposo domiciliario: es lógico que la hospitalización genere este derecho tanto porque la hospitalización no se acuerda normalmente mas que en supuestos de gravedad —aunque es verdad que

Mujeres y Hombres», Revista MTAS Derecho del Trabajo (Serie Internacional), 2007.

<sup>37</sup> Son tres los supuestos en los que los Planes de Igualdad son de formalización obligatoria: a) En las empresas de mas de 250 trabajadores; b) Cuando lo prevea en tales términos el convenio colectivo aplicable; c) Cuando así lo acuerde la autoridad laboral en un procedimiento sancionador en sustitución de las sanciones accesorias.

<sup>38</sup> BOE de 24-2-2007

<sup>39</sup> Capitulo V: Igualdad de oportunidades y Trato: «(...) Un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, etc. que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar».

<sup>40</sup> GARCÍA NINET, J.I. y BURGOS GINER, M<sup>a</sup> A., «Los permisos en la negociación colectiva (1994-1996). Líneas de tendencia», Tribuna Social, 1996, num.65, pág. 7-23; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Los permisos retribuidos del trabajador», Cizur Menor (Aranzadi), 1999.

<sup>41</sup> GARCÍA ORTEGA, J. y MORENO CALIZ, S., «Artículo 37 Estatuto de los Trabajadores», en en AA.VV (Dir. García Ninet; Coord. Vicente Palacio, A.), «El Estatuto de los Trabajadores. XXV años después. Estudios sobre el salario y la jornada en homenaje al prof. De la Villa Gil», Madrid (CEF), 2005 (en colaboración con J. I. García Ninet); BALLESTER PASTOR, M.A. ««La ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral», Valencia, (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 66.



no siempre pues en algunos casos la hospitalización lo es preventiva o «en observación»— como porque es razonable, y en algunos casos imprescindible, que el enfermo ingresado cuente con el apoyo del progenitor o familiar. Por otro lado, el nuevo supuesto de intervención quirúrgica sin hospitalización se condiciona a que sea preciso el reposo domiciliario correspondiendo al facultativo determinar cuando este será preciso aunque la negociación colectiva también podría cumplir en esta materia una función de clarificación siempre a título indicativo pues, en definitiva, corresponderá al facultativo la valoración última de si procede o no el reposo domiciliario.

De mayor calado ha sido la modificación operada sobre el permiso de lactancia contemplado en el art. 37.4 ET sobre todo en lo referente a la posibilidad de acumularlo por jornadas completas. Como se ha señalado, el régimen hasta ahora vigente disponía la posibilidad de que la trabajadora —o el otro progenitor, si ambos trabajaban— pudiera ausentarse, sin reducción del salario, del puesto de trabajo por lactancia del hijo menor de 9 meses, con una duración máxima diaria de una hora, fraccionable en dos periodos, derecho sustituible con una reducción de su jornada en media hora. Se trataba de un derecho que, como antes se ha señalado, aún se enunciaba en términos de género femenino, parece que restringiendo la titularidad del derecho a la mujer, pese a que el disfrute podía ser tanto del padre como de la madre, si bien únicamente en el caso de que ambos trabajasen lo que implicaba, por un lado, que si la madre no trabajaba<sup>42</sup>, o trabajaba por cuenta propia (STSJ Galicia de 2-11-1999 [AS 1999, 3493]), el padre carecía de tal derecho porque la titularidad era de la madre y que, por el contrario, el derecho de la madre no se encontraba condicionado a que el padre realizara actividad profesional lo que, como

señaló la doctrina<sup>43</sup>, resulta incongruente al comprender tal derecho tanto la lactancia natural como la artificial. Además, no procedía el disfrute por parte del padre mientras la madre estuviera con el contrato suspendido durante el permiso de maternidad porque la expresión «trabajen» debía interpretarse, según la jurisprudencia, en el sentido literal de que estuviera vigente y activo el contrato de trabajo<sup>44</sup> aunque el Tribunal Supremo en algún supuesto consideró perfectamente posible el disfrute por el padre del permiso de lactancia durante el periodo que la madre estuviera disfrutando de la suspensión del contrato por maternidad en base a que en la regulación convencional —que mejoraba el texto legal— no aparecía el inciso referente a la necesidad de que ambos progenitores trabajasen<sup>45</sup>. En todo caso, el Tribunal Constitucional, y en sendas sentencias, referidas al texto anterior a la modificación operada por la Ley 3/1989 (STC 109 de 25 de marzo y

<sup>43</sup> Así lo entiende RIVAS VALLEJO, P., «La guarda legal de menores y disminuidos y su incidencia en la jornada de trabajo. El artículo 37.5 del ET, Tribuna Social nº 59.

<sup>44</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 25-3-1999 (AS 1999, 3204).

<sup>45</sup> STS 7-4-2005 (RJ 2005, 4524), el artículo 133 no contiene el inciso final «en caso de que ambos trabajen», lo que sin duda supone que se ha querido mejorar el texto estatutario, al no condicionar el derecho del padre a disfrutar del permiso de lactancia, a la circunstancia de que la madre trabaje. Por tanto, si el derecho a disfrutar de la hora de lactancia se debe reconocer aun cuando la madre no trabaje, no existe razón para negarlo en los supuestos como el presente en que, trabajando la madre, ésta se encuentre disfrutando del permiso de maternidad. Esta tal interpretación no solamente es acorde con la literalidad y sistemática del precepto estudiado, tal como se ha razonado hasta ahora, sino también con la finalidad de la norma que instauró el derecho de lactancia, esto es, con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, pues una de sus finalidades declaradas en la exposición de motivos, era favorecer «que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia». En el mismo sentido, STSJ Comunidad Valenciana de 23-5-2005 (AS 2006, 3028)

<sup>42</sup> Entre otras, STSJ Andalucía/Málaga de 19-5-2000 (AS 2000, 2415) y STSJ País Vasco de 24-4-2001 (AS 2001, 2100).



STC 187/1993, de 14 de junio), se manifestó sobre la adecuación al principio de igualdad y no discriminación de la citada regulación considerando que se trataba y, por tanto, se trata, de una previsión de «discriminación positiva»<sup>46</sup>.

La LOIEHM introduce ahora no sólo una duración ampliada proporcionalmente en los casos de parto múltiple, sino también la posibilidad de que su sustitución por la reducción de jornada en media hora al día antes ya prevista en la anterior regulación, pueda acumularse en jornadas completas, en los términos previstos en convenio colectivo o acuerdo.

Por lo que se refiere a la ampliación en los supuestos de parto múltiple, la doctrina judicial<sup>47</sup> ya se había manifestado a favor de esta ampliación, si bien aisladamente, en base

<sup>46</sup> Resume la doctrina del Tribunal Constitucional, la profesora MORENO CALIZ en los siguientes términos: «(...) el Tribunal Constitucional argumenta la constitucionalidad del primitivo precepto estatutario, en su redacción anterior a la Ley 3/1989 considerando que se trata de una ventaja legal otorgada a la mujer con la que se trata de compensar las diferencias existentes en la realidad laboral del hombre y la mujer. El Tribunal considera justificado el permiso al encontrar su fundamento en un motivo razonable y objetivo como es «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de la mujer tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre». En definitiva, el precepto estatutario cuestionado, esto es, el artículo 37.4 ET, es una norma de discriminación positiva, dirigida a remover los obstáculos que impiden la igualdad real en el trabajo (...) advierte del riesgo en el ámbito laboral de esta ventaja para la mujer y que no es otro que «la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares». Vid. «Permiso de lactancia en caso de parto múltiple. Comentario a la SJS nº 2 de Tarragona de 27 de octubre», Aranzadi Social nº 22, 2003.

<sup>47</sup> SJS núm. 2 de Tarragona, de 27 de octubre (AS 2003, 4137) y SJS nº 2 de Navarra, Pamplona de 8 junio de 1999 (AS 1999, 2024). Vid. un comentario a la primera en RODRÍGUEZ MORENO, S., «Permiso de lactancia en caso de parto múltiple. Comentario a la SJS núm. 2 de Tarragona, de 27 de octubre (AS 2003, 4137)», Aranzadi Social nº 22, 2003.

tanto a argumentos de tipo teleológico como a la idea de que el precepto regula un derecho del menor y no de la madre, derecho de alimentación que el menor no tiene porqué compartir con su hermano. Por lo demás, la atécnica referencia a «parto» múltiple no debe llevar, a mi parecer, al error de restringir esta posibilidad únicamente a los supuestos de maternidad biológica, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque no hay ninguna otra referencia en el art. 37.4 ET del que pueda inferirse su limitada aplicación a los supuestos de parto natural, conclusión que se refuerza, además, si tenemos en cuenta que tal derecho no está ya restringido a la lactancia natural —que no excluye la lactancia artificial del hijo biológico pero lo que es obvio es que no cabe biológicamente la lactancia natural de hijo adoptado— y esta previsión es una mejora respecto de un régimen jurídico ya conformado y asentado —con las salvedades ahora introducidas—, a partir de la Ley 39/1999; en segundo lugar, la clara voluntad del legislador de asimilar lo máximo posible el tratamiento normativo de la maternidad biológica y de la maternidad por adopción o acogimiento.

Por lo que respecta a la posibilidad de acumulación en jornadas completas, la principal duda, a mi parecer, surge de si, al igual que antes se ha señalado respecto del nuevo art. 34.8 ET, se trata de un derecho condicionado a su regulación por el convenio colectivo —de hecho, tales previsiones ya se contenían en algunos convenios colectivos<sup>48</sup> e incluso alguno de ellos fue impugnado por la Autoridad Laboral por ilegalidad, declarando el Tribu-

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ MORENO, S., «Permiso de lactancia en caso de parto múltiple. Comentario a la SJS núm. 2 de Tarragona, de 27 de octubre (AS 2003, 4137)», Aranzadi Social nº 22, 2003.

Vid. también GONZÁLEZ VELASCO, J. y VIVES USANO, P. «El permiso por lactancia ¿es acumulable o no?», Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, nº 271, octubre 2005 que recoge bastante detalladamente la casuística de las previsiones convencionales mas recientes.

nal Supremo su plena licitud<sup>49</sup>— o si, por el contrario, y sin perjuicio de la misma, es un derecho directamente exigible, con independencia de su regulación por la negociación colectiva. En mi opinión, sobre el tenor lite-

---

<sup>49</sup> STS de 20-6-2005 (RJ 2005, 6597) que declara: «1.-La posibilidad establecida (...) constituye una facultad otorgada al progenitor que no supone renuncia a derecho alguno y que no se opone, sino que cumple con la finalidad prevista por los artículos 37.4 y 6 ET. Ello es así, porque conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la Ley (artículo 3 del Código Civil constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable tiempo en los desplazamientos—máxime en un supuesto como el de Aldeasa, en el que la mayor parte de los trabajadores prestan sus servicios en aeropuertos, cuya sede está lejos de los domicilios urbanos—, la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral. De otra parte, es evidente que la asistencia que se puede dar al hijo durante la media hora de disminución de la jornada es sensiblemente menor a la que reconoce la norma paccionada, que alcanza a un mes completo sin obligaciones laborales. 2.-El art. 37 ET es un precepto de derecho necesario relativo, que puede ser mejorado por norma convencional, tal como de forma constante sostiene un sólido criterio jurisprudencial. En este sentido, el permiso de lactancia regulado en el repetido precepto estatutario, es susceptible de admitir la mejora en el convenio y esto es, lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, en el uso y ejercicio legítimo de su autonomía colectiva, al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la protección y atención del recién nacido, que es precisamente la finalidad que persigue el artículo 37 ET. 3.-No se (...) desvirtúa y desnaturaliza el régimen jurídico del permiso de lactancia, ya que, en primer término, la regulación legal se mantiene en su integridad y plenitud y por lo tanto difícilmente se puede hablar de alteración o desvirtuación de lo que permanece, de modo que la aplicación o no de la norma estatutaria dependerá de la opción que ejerciten los trabajadores».

La citada STS resolvía recurso de casación contra la SAN de 29-3-2004 (AS 2004, 823) que ya había declarado la legalidad de la previsión convencional.

ral—que parece condicionarlo a su previsión convencional— debe prevalecer la interpretación teleológica y dado que no es incompatible con la anterior, considerar que al tratarse de un derecho que puede ser ejercitado por estar suficientemente concretado, cabe la acumulación incluso aunque el convenio colectivo nada regulara en tal sentido. Obviamente, si el convenio lo regula a su desarrollo habrá que atenerse<sup>50</sup>. No cabe duda que se trata de una previsión que puede resultar muy útil al permitir al progenitor usuario disfrutar, en definitiva, de una prolongación efectiva del descanso por maternidad al poder acumular a éste la reducción de la jornada en media hora durante todo el tiempo que el hijo sea menor de 9 meses. Por lo demás, una lectura detenida y coherente con su finalidad debe llevar a la conclusión de que también en el supuesto de sustitución del permiso de lactancia por la reducción de jornada, su duración se incrementa proporcionalmente en los supuestos de parto —y adopción o acogimiento según he señalado— múltiple. Lógicamente, en aquellos convenios en los que se amplía la edad del menor por encima de los 9 meses para el ejercicio del permiso por lactancia, también afectará a la acumulación por jornadas completas salvo que el propio convenio restrinja esta posibilidad de acumulación a la edad de 9 meses del lactante pues es esta la edad mínima establecida legalmente y no parece que el convenio tenga la obligación de mantener idéntico tratamiento convencional, respecto de la edad del

---

<sup>50</sup> Así, por ejemplo, a título meramente ejemplificativo puede señalarse que algún convenio se refiere a un supuesto de asimilación diferente como es la constitución de una bolsa de horas para su uso como ausencias justificadas para asistencias al médico o la atención por enfermedad de los hijos hasta los 3 años de edad si bien con justificación, ausencias que no podrán computarse ni como absentismo general o personal ni a los efectos del art. 52 d) ET. Se configura como una opción voluntaria del trabajador que tiene derecho a disfrutar del permiso de lactancia (5º Acuerdo de la Empresa Danzas Motive SL de Mejora del Convenio Siderometalúrgico de la provincia de Barcelona).

lactante, para el permiso por lactancia –en su modalidad de ausencia o de reducción de jornada– que en su posibilidad de acumulación por jornadas completas. En el improbable –que no imposible<sup>51</sup>– supuesto en que concurrieran simultáneamente una maternidad biológica y una maternidad por adopción, en este último caso de un menor de 9 meses –o de la edad que estableciera el convenio superior a la legal–, a mi parecer habría que entender aplicable la previsión del incremento proporcional del permiso por lactancia por entender, como ya he señalado, que esa referencia al «parto múltiple» es un error del legislador lo que se deduce, además de por la finalidad del permiso, por la clara voluntad del legislador de equiparar ambas situaciones de maternidad y que tampoco exige la simultaneidad en la multiplicidad.

Por lo demás, llama la atención que el legislador continúe manteniendo una conformación de las parejas disconforme con la modificación operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio en materia de matrimonio lo que puede plantear problemas en su aplicación a las familias homosexuales cuando los hijos sean comunes lo que acontecerá, tanto cuando sean adoptados de forma conjunta por ambos cónyuges como cuando, siendo hijo exclusivo de uno de ellos, sea adoptado por el cónyuge e incluso cuando sea biológicamente de una de las progenitoras, se inscribe, como así permite la ley, a la otra mujer como progenitor del recién nacido.

Conflictiva ha sido la duración del permiso por lactancia tanto en los supuestos de

contrato a tiempo parcial como en los supuestos de reducción de jornada. Como ya se ha señalado, la modificación que operó la Ley 39/1999 de 11 de noviembre sobre el art. 37.4 ET suprimiendo la referencia a «jornada normal» por «su jornada» había permitido a alguna doctrina judicial<sup>52</sup> concluir –zanjando así la polémica en tal sentido<sup>53</sup>– en la aplicación íntegra, sin reducción proporcional en los supuestos de jornada a tiempo parcial o reducida, del tiempo previsto para el permiso por lactancia, tanto en su modalidad de disfrute mediante la ausencia al trabajo como en su modalidad de reducción de jornada.

Ninguna modificación se ha operado sobre el permiso por parto prematuro introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo como el epígrafe 4 bis del art. 37 ET. Como es sabido, dicho precepto confiere el derecho, a la madre o al otro progenitor, a ausentarse una hora en la jornada laboral en caso de nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier otra razón, precisen seguir hospitalizados, reco-

<sup>52</sup> STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 1955). En el mismo sentido y con cita expresa de ésta, STSJ Canarias/Las Palmas, de 20-2-2006 (AS 2006, 1137) que añade, además: Así pues, estima la Sala que el hecho de tener una jornada inferior a la normal, bien porque se ha hecho uso de la facultad del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, bien porque se tiene un contrato a tiempo parcial, no permite hacer la correspondiente reducción del derecho de lactancia, pues ello no lo permite, a partir de la reforma de 1999, el propio Estatuto de los Trabajadores en su art. 37, ni (para los trabajadores a tiempo parcial) el art. 12.4.d) del mismo cuerpo legal que consagra el principio de igualdad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, estableciendo como excepción la proporcionalidad que ha venir establecida por norma legal, o reglamentaria o por Convenio Colectivo.

<sup>53</sup> Algunas sentencias entendieron que en los supuestos de jornadas inferiores, y en atención al principio de buena fe, había que ponderar la duración tanto de la ausencia como de la reducción de la jornada. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña 8-3-1999 (AS 1999, 1721). En sentido contrario, la STSJ Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2003 (AS 2003, 2289).

<sup>51</sup> La SJ Social núm. 33 de Madrid de 15-7-2005 (AS 2005, 3004) resuelve sobre un supuesto de hecho algo peculiar cual es el derecho a percibir el subsidio especial por parto múltiple de una mujer, madre biológica de una niña nacida el 25-11-2004 y de otra por adopción acordada por 27-12-2004 (y nacida el 26-3-2004). Mas que la cuestión referente al reconocimiento o no del derecho a la prestación económica por parto o adopción múltiples, lo interesante es la posible coincidencia de ambas situaciones: la maternidad biológica y la maternidad por adopción de menor de 9 meses.

nociéndose un derecho a la reducción de la jornada, y de salario, con carácter alternativo a la anterior, hasta un máximo de dos horas. La finalidad del permiso es permitir a los progenitores –ambos– el contacto con el recién nacido hospitalizado e incluso, en algunos casos su asistencia en colaboración con la institución hospitalaria.

Aunque se suele identificar este supuesto con el supuesto de neonatos en realidad contempla un supuesto mucho mas amplio referido a la hospitalización del recién nacido, sea o no neonato, con un único requisito temporal: que la hospitalización proceda a continuación del parto lo que parece impedir el nacimiento del derecho si el recién nacido es dado de alta y regresa al domicilio siendo luego ingresado de nuevo pues el tenor literal parece indicar una hospitalización sin solución de continuidad o cuando esta es de breve duración: posiblemente la negociación colectiva pueda cumplir en esta materia, además de un papel de mejora del régimen legal claramente disponible, un papel de concreción precisando, por ejemplo, cuando se entiende roto el nexo causal que impide el nacimiento del derecho o, a la inversa y en positivo, hasta cuando dicho nexo puede entenderse vigente a los efectos de generar derecho al permiso. Aunque el derecho se reconoce indistintamente al padre y a la madre, sin que el derecho de uno quede condicionado por el ejercicio por parte del otro, lo habitual será que lo disfrute en exclusiva el padre pues al exigirse la hospitalización a continuación del parto la madre estará posiblemente disfrutando del permiso por maternidad –por lo menos, en su duración obligatoria de seis semanas, pues ésta no puede ser suspendida–. Sólo cuando la hospitalización del recién nacido sea superior a esta y se solicite la suspensión del permiso por maternidad en la parte correspondiente al descanso voluntario podrá la madre realmente hacer uso de este permiso. Como antes se ha dicho, también en este caso la referencia al padre de este precepto habrá que entenderse hecha al otro progenitor, con independencia de su sexo.

Alguna modificación menor se ha llevado a cabo sobre la reducción de jornada por guarda legal de menor, discapacitado o familiar. El Art. 37.5 ET preveía la posibilidad, después de la modificación operada por la Ley 39/1999, de que quienes por razones de guarda legal tuvieran a su cuidado directo algún menor de 6 años o disminuido físico, psíquico o sensorial, además de otros familiares que no realizaran actividades retribuidas, el derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con reducción proporcional del salario, entre al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de la jornada.

La LOIEMH cambia dos parámetros importantes en esta regulación. En primer lugar, la edad del menor que se eleva hasta los 8 años, siguiendo así el sendero iniciado por la negociación colectiva<sup>54</sup>. En segundo lugar, el porcentaje en el que puede reducirse la jornada, flexibilizándose el mínimo que baja hasta 1/8. Se trata de una medida que tiene por clara finalidad, dado que la reducción de la jornada lleva aparejada la proporcional reducción salarial, facilitar el acceso a esta forma de conciliar la vida laboral y familiar puesto que permitirá al trabajador/a con hijos a cargo reducir su jornada en una proporción que no le suponga una merma salarial tan gravosa y, en algunos casos, inasumible además de otorgar al trabajador un mayor margen en la organización de su tiempo de trabajo/obligaciones familiares pues puede que el trabajador necesite un cierto tiempo para la atención de esa carga familiar pero sin que llegara –dado además el coste– al tercio antes exigido. Al tratarse de un derecho que la negociación colectiva suele regular en distintos de sus aspectos, a la regulación convencional habrá que atender –con la salvedad de las dos modificaciones que son derecho necesario relativo, es decir, mejora–

<sup>54</sup> Así lo señala, con cita de algunos ejemplos, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social», Madrid (CES), 2004, pág. 151.

ble al alza— aunque, como señala el art. 37.6 ET—no afectado por la LOIEMH— la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada corresponden al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en la que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Cuestión altamente conflictiva en materia vacacional ha sido el supuesto de coincidencia de las vacaciones con la incapacidad temporal o la maternidad hasta el punto de que ha obligado incluso a pronunciarse al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE de 18-3-2004, Asunto *Merino Gómez*<sup>55</sup>) en resolución de una cuestión prejudicial instada por un Juzgado de lo Social de Madrid. Es precisamente a la doctrina que establece esta STJCE, que acoge también en nuestro país el Tribunal Constitucional en la STC 324/2006, de 20 de noviem-

bre<sup>56</sup> a la que se acomoda la modificación legal cuando prevé ahora que si el periodo de vacaciones fijado —con la antelación mínima de 2 meses que exigía y continúa exigiendo el ET— coincide con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad (biológica, por adopción o acogimiento) en los términos establecidos en el art. 48.4 ET, se tendrá derecho a disfrutarlas en fecha diferente, una vez finalizado el periodo de incapacidad o de disfrute del descanso, aunque haya terminado el año natural al que las vacaciones correspondan».

Dos temas —ambos conflictivos<sup>57</sup> — concurren en la nueva regulación: en primer lugar, la incidencia que las situaciones de incapacidad temporal y maternidad podían desarrollar tanto sobre el periodo de vacaciones ya iniciado, como sobre el inicio del periodo una vez llegada la fecha prevista para el disfrute; y en segundo lugar, la imposibilidad de que las vacaciones se disfruten fuera del año natural al que corresponden, caducando por tanto el 31 de diciembre, sin que sean tampoco compensables económicamente<sup>58</sup>. Sobre la

<sup>55</sup> Asunto C-342/01. La doctrina es la siguiente:

1. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, el artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla.

2. El artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto

principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104.

<sup>56</sup> BOE de 20-12-2006.

<sup>57</sup> Sobre el particular, vid. entre otros, y como trabajo más reciente, BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*, Granada (Comares), 2002.

<sup>58</sup> STS de 30-11-1995 (RJ 1995, 8771) y STS de 25-2-2003 (RJ 2003, 3090). Una de las últimas sentencias, acogiendo además la doctrina del TJCE en el Asunto *Gómez Merino* es la STS de 10-11-2005 (RJ 2005, 10084). Además, como ya se ha dicho, también la STC 324/2006, de 20 de noviembre reconoce el derecho a disfrutar de las vacaciones mas allá del año natural en base a que pese a que el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad, sí excluye todo trato peyorativo hacia la mujer basado en dicha circunstancia de tal forma que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad conserva íntegramente sus derechos laborales y debe poder reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión, sin que ésta le ocasione perjuicio alguno.



primera cuestión, la jurisprudencia y doctrina judicial diferenciaban dos supuestos. Si el acaecimiento de dichas circunstancias tenía lugar una vez iniciado el periodo de disfrute de las vacaciones, en cuyo caso salvo pacto o previsión convencional en contrario, el periodo de vacaciones no se suspendía ni se generaba derecho alguno a días de vacaciones adicionales<sup>59</sup>. Si por el contrario, la situación de IT era anterior a las vacaciones —es decir, el trabajador estaba en dicha situación y llegaba la fecha prevista para su disfrute— los tribunales venían entendiendo que no cabía una solución general sino que habría que atender a las concretas circunstancias de cada caso tales como la causa y duración de la baja, si las funciones que tenía atribuidas el trabajador permite el disfrute fuera del periodo colectivo, si el empresario podía ejercer las facultades de control de la incapacidad temporal que le atribuye el art. 20.4 ET, entre otros criterios [STS de 21-3-2006 (RJ 2006, 2312)]<sup>60</sup>. No obstante, algunos conve-

nios colectivos ya habían recogido en su clausulado medidas tendentes a asegurar el posible disfrute de las vacaciones cuando coincidiera con el periodo de maternidad<sup>61</sup>.

La nueva normativa afecta a ambos supuestos<sup>62</sup> —tanto al supuesto de que el perio-

2400]. La STS de 11-7-2006 (RJ 2006, 6311) sin embargo, no acepta la pretendida existencia de una condición mas beneficiosa para trasladar las vacaciones a otro momento cuando en la fecha señalada el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal.

No obstante, la última doctrina judicial ya ha cambiado de orientación y considera que también en tales casos debe poder recuperarse las vacaciones, argumentando en muchas ocasiones en base a consideraciones de protección de la seguridad y salud del trabajador: STSJ Cataluña de 11-11-2005 (AS 2006, 775), STSJ País Vasco de 1-9-2006 (AS 2007, 980), STSJ Cataluña de 3-2-2006 (AS 2006, 2045), si bien se trata de supuestos en los que el trabajador se reincorpora antes de la finalización del año natural; STSJ Cataluña de 3-1-2006 (AS 2006, 1114), entre otras.

<sup>61</sup> Vid. algunos ejemplos recogidos por MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad», Aranzadi Social, nº 1, 2005. También lo señala así MARTÍNEZ MORENO, C., «Soluciones inesperadas en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones. En particular, sobre la coincidencia del mismo con el permiso por maternidad Comentario a la Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69)», Aranzadi Social nº 3, 2004.

<sup>62</sup> No es la primera vez que ya se intentó clarificar legislativamente tan importante cuestión: de hecho, el Voto Particular que formularon los consejeros de los Sindicatos CC.OO y de UGT al Dictamen del CES al Anteproyecto de Ley para Promover la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar de las personas trabajadoras señalaba: «como garantía del ejercicio del derecho al permiso por maternidad/paternidad y al derecho al período de vacaciones, es necesario establecer legalmente la salvaguarda del derecho a disfrutar las vacaciones en todos los casos (incluidos aquellos en los que exista pacto colectivo entre empresa y trabajadores sobre el disfrute de las vacaciones en determinadas fechas), en momento distinto al período de permiso por maternidad/paternidad, cuando ambos sean coincidentes en el tiempo. Con ello se solventaría un grave problema con el que muchas trabajadoras se encuentran en la práctica, quedando imposibilitadas del ejercicio del derecho a período vacacional cuando éste coincide con la baja por maternidad». Dictamen 4/1999, sobre

En el mismo sentido, vid. STSJ Andalucía/Granada de 24-6-2001 (AS 2002, 881) y STSJ Castilla y León/Valladolid de 5 de mayo de 2003 (JUR 2003, 171480).

La S. Juzgado de lo Social de Zaragoza nº 5 de 24-11-2004 (AS 2004, 3874) declaraba también, expresamente respecto de la maternidad y con amparo en la STJCE Merino Gómez la posibilidad de disfrutar de las vacaciones fuera del año natural por haber coincidido con las vacaciones el periodo de descanso por maternidad.

<sup>59</sup> STS de 30-11-1995 (RJ 1995, 8771), STS de 27-6-1996 (RJ 1996, 5389), y STS de 6-2-1996 (RJ 1996, 853).

<sup>60</sup> En general, no se solía admitir: STSJ Cataluña de 9-5-1994 (AS 1994, 2049); STSJ Extremadura de 23-6-1994 (AS 1994, 2457); STSJ Navarra de 18-11-1994 (AS 1994, 4201); STSJ País Vasco de 14-2-1995 (AS 1995, 521); SAN de 22-3-2000 (AS 2000, 2400), STSJ Asturias de 16-6-2000 (AS 2000, 1901); STSJ Madrid de 26-7-2004 [AS 2004, 2661]; STSJ Galicia de 15-4-1993 [AS 1993, 1918]; STSJ Comunidad Valenciana de 15-9-1993; STSJ Comunidad Valenciana de 9-11-1999; STSJ Madrid, de 27-3-1990, STSJ País Vasco de 14-2-1995 [AS 1995, 521], STSJ País Vasco de 5-10-1999; STSJ Castilla y León de 8-10-2001; STSJ Cataluña de 15-3-1994 [AS 1994, 1272]; STSJ Cataluña de 12-9-2003 [AS 2003, 3386], SAN de 22-3-2000 [AS 2000,



do vacacional ya se hubiera iniciado cuando sobrevienen tales circunstancias, como al supuesto de que en tales situaciones llegara la fecha prevista para el inicio del disfrute del periodo vacacional. En todo caso, esta nueva regulación sólo afecta a la incapacidad temporal cuya causas se justifican por las circunstancias ahí previstas (embarazo, parto o lactancia natural) y el periodo de descanso por maternidad. Según su tenor literal, parece que queda excluida la situación de suspensión contractual por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural pues, técnicamente, ni son incapacidad temporal ni son tampoco supuestos de suspensión del contrato por maternidad. No obstante, no se entiende entonces la referencia a la incapacidad temporal por lactancia natural pues ésta no es causa de suspensión del contrato más que en el supuesto incardinable en el riesgo durante la lactancia natural. Por lo demás, y pese a que la STJCE Merino Gómez no hace referencia alguna fuera de la maternidad, la normativa comunitaria (en este apartado la Directiva 92/85/CE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada<sup>63</sup>, que haya dado a

el Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Sesión extraordinaria del Pleno). Se puede descargar en <http://www.ces.es/dictamenes.jsp>.

Durante su tramitación parlamentaria también se presentaron varias enmiendas sobre el particular que no prosperaron. Para una rápida localización de las mismas, *vid.* MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «El derecho a vacaciones anuales y la suspensión por riesgo durante el embarazo y por maternidad», *Aranzadi Social*, nº 1, 2005.

<sup>63</sup> Artículo 11 Derechos inherentes al contrato de trabajo

Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

1) En los casos contemplados en los artículos 5, 6 y 7, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una re-

luz o en período de lactancia dispone expresamente el derecho de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia al mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo lo que, a mi parecer, implica también el derecho al mantenimiento de las vacaciones en dichos supuestos. La misma argumentación que la esgrimida para sostener su aplicación a la maternidad cabría esgrimir en el supuesto de riesgo durante el embarazo: la distinta finalidad de una y otra.

### 2.3. Otras causas de suspensión del contrato conectadas, directa o indirectamente, con la maternidad

Además de la suspensión del contrato por maternidad ya expuesta, el ET contempla

muneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales.

2) En el caso citado en el artículo 8, deberán garantizarse:

a) los derechos inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, distintos de los indicados en la siguiente letra b);

b) el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2.

3) La prestación contemplada en la letra b) del punto 2 se considerará adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales.

4) Los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 y en la letra b) del punto 2 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas.

Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.

otras causas de suspensión contractual re-conducibles o conectadas con la maternidad, algunas de las cuales se han visto afectadas igualmente por la LOIEHM.

Así ocurre, en primer lugar, con la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos prevista en el art. 46.3 ET que se ve ampliada tanto para comprender, en coherencia con la regulación antes señalada de la suspensión por maternidad también los supuestos de acogimiento provisional —es de suponer, por la misma razón de coherencia, que siempre y cuando éste tenga una duración no inferior a un año, aunque nada se dice expresamente en tal sentido— así como la posibilidad de disfrutarse de forma fraccionada. Así pues, no se modifica ni la duración de esta excedencia voluntaria —que continua establecida en tres años como máximo— ni tampoco el alcance de la reserva del puesto de trabajo, que se establece en el primer año referida al mismo puesto de trabajo —o 15 meses en caso de familia numerosa de categoría general y 18 meses en caso de familia numerosa de categoría especial<sup>64</sup>— y sólo a un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional equivalente el periodo restante<sup>65</sup>. Lógicamente y respecto de los supuestos de acogimiento provisional simple, habrá que entender que el derecho a la excedencia se mantendrá en tanto el menor continúe acogido extinguiéndose la excedencia en el momento en que el menor vuelva bien con su familia biológica, bien a la tutela de la administración pública competente.

Por lo que se refiere al fraccionamiento ahora establecido ex novo por la norma

—aunque alguna autora<sup>66</sup> pareció entender tal posibilidad viable desde la Ley 39/1999— habrá que esperar a su futura regulación reglamentaria o, en su caso, a lo que al respecto pudieran prever los convenios colectivos. En todo caso, a mi parecer el fraccionamiento también constituye un derecho individual de los trabajadores por lo que no parece que el empresario pueda negarse a ese ejercicio fraccionado alegando posibles dificultades organizativas. El fraccionamiento parece que debe entenderse como su disfrute discontinuo más que como el posible reparto entre ambos progenitores porque al configurarse como un derecho individual de cada trabajador, no parece tener sentido hablar de «reparto». Dicha discontinuidad, en todo caso, no debe ser, a mi parecer, entendida como aleatoriedad, imprevisibilidad o falta de certidumbre sobre el momento del efectivo disfrute por parte del trabajador en lo que respecta a su comunicación al empresario: posiblemente, la casuística de los convenios enriquezcan pronto y doten de contenido efectivo a esta posibilidad. Así, por ejemplo, podría ser útil su disfrute discontinuo durante el periodo de vacaciones escolares, especialmente las de larga duración como son las estivales, momento en el que en muchos casos los padres tienen dificultades para conciliar sus horarios de trabajo con la debida atención de los hijos.

Llama la atención que el legislador no haya modificado el *dies a quo* para el inicio del cómputo del periodo de excedencia, que continúa fijado en la fecha de nacimiento para el supuesto de maternidad biológica o en la fecha de la resolución judicial de adopción o acogimiento en estos supuestos<sup>67</sup>. La fijación de esta fecha para el inicio del cómputo de la

<sup>64</sup> Para los conceptos, *vid.* Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas.

<sup>65</sup> Como antes se ha señalado, esta previsión tiene su origen en la Ley 4/1995, de 23 de marzo, pues con anterioridad a la misma si el reingreso se producía una vez extinguido el primer año únicamente existía un derecho preferente al reingreso. Esta modificación supuso otorgar a esta excedencia la consideración, a todos los efectos de su régimen jurídico de la excedencia forzosa.

<sup>66</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social», Madrid (CES), 2004, págs 120-121 y doctrina allí recogida.

<sup>67</sup> Una crítica sobre el particular en GARCÍA NINET, J.I. «La nueva reforma del ET. La regulación del permiso parental y por maternidad», *Tribuna Social* nº 52, 1995.

duración de la excedencia tiene como efecto perverso el que su duración efectiva sea inferior pues hay que restarle el periodo de suspensión del contrato por maternidad que, por lo menos en la parte de su disfrute obligatorio post-parto (6 semanas) se consumirá e incluso por su duración completa dado que la práctica generalizada es el disfrute de todo el permiso de maternidad por la madre y con posterioridad al parto al estar tal suspensión cubierta económicamente por la Seguridad Social frente a la ausencia de algún mecanismo equivalente para la excedencia. El único supuesto en el que se disfrutará de forma completa es cuando se solicite por aquel progenitor que no haga uso de la suspensión por maternidad ya sea en supuesto de maternidad biológica ya sea en supuesto de maternidad por adopción o acogimiento.

Otra novedad importante la constituye la posibilidad de suspender el contrato de trabajo en los casos de riesgo durante la lactancia natural de menores de 9 meses. De manera similar al supuesto de riesgo durante el embarazo – y como señalaré con posterioridad en materia de prevención de riesgos laborales–, se prevé la posibilidad de suspender el contrato de trabajo cuando, estando la mujer en periodo de lactancia natural de menor de 9 meses, de su puesto de trabajo se deriven riesgos para la salud del lactante y, debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. En todo caso, y como antes se ha señalado, el límite de edad del lactante es de 9 meses lo que implica que cesa la suspensión del contrato y la prestación económica de la Seguridad Social establecida para sustituir la rentas perdidas– en todo caso cuando el menor cumple 9 meses en cuyo caso la trabajadora –si no se ha incorporado con anterioridad a otro puesto compatible con su estado– deberá incorporarse a su puesto de trabajo y por tanto, de persistir el riesgo deberá dejar de practicar la lactancia natural. Hay que señalar que se trata de un supuesto de suspensión del con-

trato que se limita a la mujer trabajadora lo que resulta razonable dado que está restringido únicamente a la lactancia natural y si bien es cierto que el hecho de la lactancia –incluso natural pues existen medios técnicos para ello– puede ser realizada por otra persona con la leche materna previamente extraída, dado que el posible riesgo para la salud del lactante deriva de la exposición de la productora y portadora de la leche a las condiciones de trabajo de lo que se trata es de evitar que la mujer quede expuesta a esos riesgos susceptibles de ser contagiados al menor a través de la lactancia. Otra cosa es que pueda cuestionarse su limitación a la lactancia natural y se propugne la ampliación a la lactancia artificial en cuyo caso no tendría sentido la limitación a la madre pues el padre también puede estar expuesto a agentes tóxicos de muy variada índole (biológicos, químicos o físicos) susceptibles de ser contagiadas al lactante por vías distintas de la leche materna. No obstante, hay que recordar siempre que mientras las necesidades sociales son ilimitadas los recursos económicos son limitados siendo función del legislador la selección de las necesidades sociales precisadas de atención.

Finalmente, la LOIEMH ha introducido una serie de disposiciones variadas –tanto en el ámbito laboral como en el de Seguridad Social –estas últimas las veremos con posterioridad–, tendentes a atenuar las eventuales consecuencias negativas que del ejercicio de alguno de los derechos contemplados conectados con el hecho de la maternidad pudieran derivarse para el trabajador. Recoge así el legislador la jurisprudencia –comunitaria<sup>68</sup> y constitucional<sup>69</sup>– según las cuales el disfrute del permiso de maternidad no puede determinar un trato desfavorable para la trabajadora en sus condiciones de trabajo

<sup>68</sup> Especialmente, STJCE de 30-4-1998 (Caso Boyle).

<sup>69</sup> STC 182/2005, de 4 de julio referida a la promoción profesional y económica.

con especial referencia al derecho de promoción profesional, antigüedad y de salarios.

Así, por lo que se refiere específicamente al ámbito laboral, la LOIEMH ha añadido un último párrafo al art. 48.4 ET por el que se consagra un genérico derecho de los trabajadores a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

Una de las consecuencias negativas que se derivan de las reducciones de jornada y entre estas, del eventual ejercicio a tiempo parcial de las suspensiones del contrato de trabajo por maternidad, es la reducción del salario y consiguientemente, de las bases de cotización a la Seguridad Social consecuencias negativas que se prolongan cuando se toman dichos módulos para el cálculo, bien de indemnizaciones en el ámbito de la relación laboral, incluyendo las indemnizaciones por despido o fin de contrato, bien en el ámbito de la Seguridad Social para el cálculo de las distintas prestaciones dispensadas por éste así como para el cómputo de los correspondientes periodos de carencia. En este sentido, la LOIEMH partiendo de la idea de que la maternidad y sus situaciones conexas deben ser una situación «neutra», anulando por tanto los efectos negativos que en tal ámbito se puede producir, ha introducido una nueva D.A.18ª en el ET por la que en los casos de reducción de jornada de los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 ET o de ejercicio a tiempo parcial de las suspensiones del contrato por maternidad o paternidad, el salario a tener en cuenta a efectos de las indemnizaciones previstas en el ET será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada. Ninguna duda respecto del ejercicio a tiempo parcial de la suspensión del contrato por maternidad; respecto de los supuestos de reducción de jornada, el precepto se limita lógicamente a los supuestos en los que la reducción de jornada también

conlleve la reducción del salario y tienen conexión con la maternidad: la reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros (art. 37.4 bis), la reducción de jornada por guarda legal y la reducción de jornada a las trabajadoras víctimas de violencia de género. La jurisprudencia<sup>70</sup> ya había señalado que el trabajador no podía verse perjudicado por el ejercicio de su derecho a la reducción de jornada por guarda legal entre otras consideraciones de orden constitucional, porque la finalidad tuitiva de la indemnización por fin de contrato en el supuesto de despido improcedente constituye el resarcimiento de los perjuicios que le irroga la extinción de su contrato, objetivado y cuantificado ex lege, es lógico que sean las (...) normas rectoras de la relación extinta las computables para su determinación: retribución debida y antigüedad. En el presente caso, los salarios a los que atiende el magistrado, son los que corresponden a una jornada normal, que es la que tenían contratada las demandantes (...) la reducción de ella (consecuente al derecho ejercitado por las demandantes ...) no supone sino una alteración transitoria de la relación, que antes y después del plazo temporal que la sentencia explícita de dichas reducciones tuvo y tendría las consecuencias inherentes a la prestación de jornada completa (...)» y ello incluso aunque la opción por la indemnización o la readmisión corresponda al trabajador por ser representante de los trabajadores «so pena de desvirtuar la protección reforzada que la ley ha querido dispensar a los representantes de los trabajadores que son despedidos improcedentemente».

### 3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como ya se ha señalado, la única —pero fundamental— modificación en materia de

<sup>70</sup> Vid. STS de 15-10-1990 (RJ 1990, 7685) y STS de 11-12-2001 (RJ 2002, 2025).

prevención de riesgos laborales es la creación de una nueva causa de suspensión del contrato por los riesgos que del puesto de trabajo se derivan, ya no para la gestación de la trabajadora, sino para su situación de madre lactante. El art. 26 LPRL ya dispuso, en su origen, la necesidad de articular medidas de prevención específicas de la maternidad previendo entre estas la obligatoriedad de realizar una evaluación específica de los riesgos laborales que pudieran derivarse para la gestación disponiendo la obligatoriedad de su supresión o en su caso, la adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo – medidas de adaptación de las condiciones de trabajo, incluyendo del tiempo de trabajo– y cuando estas no fueran posible, el derecho de la trabajadora a ser trasladada a un puesto de trabajo compatible con su estado. Fue la Ley 39/1999 la que introdujo, en caso de que el cambio de puesto de trabajo no resultara técnica u objetivamente posible o no pudiera exigirse razonablemente por motivos justificados, la posibilidad de que el contrato de la trabajadora se suspendiera por riesgo durante el embarazo, estableciéndose una prestación económica a cargo de la Seguridad Social de carácter sustitutivo de la renta perdida. Por lo que se refería a la lactancia, esta quedaba excluida de la posibilidad de la suspensión del contrato de trabajo pero no así de las otras medidas señaladas: la adopción de las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo así como al puesto de trabajo compatible con su estado.

La LOIEMH viene ahora a colmar tal laguna incompatible con la normativa comunitaria que sí extendía la protección a la situación de lactancia (Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992<sup>71</sup>) y establece, únicamen-

te para los supuestos de lactancia natural, el derecho de la trabajadora a suspender su contrato de trabajo cuando concurren las mismas circunstancias previstas para la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo es decir: si el cambio no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Otros cambios menores afectan a la entidad responsable en la declaración y control de la influencia negativa en la salud de las condiciones de trabajo. Si en la redacción anterior eran los Servicios médicos del INSS o de las Mutuas, con el informe del médico del SNS que asistiera facultativamente a la trabajadora los que debían certificar la negativa influencia en la salud de la trabajadora gestante de las condiciones del puesto de trabajo en lo que respectaba a la movilidad funcional y sin embargo, en lo referente al periodo de lactancia era el médico del SNS que asistiera facultativamente a la trabajadora la que debía certificar la incidencia negativa de las condiciones de trabajo en la salud de la mujer o el hijo lactante, la LOIEMH ha unificado ambos supuestos y dispone ahora, con mayor precisión técnica que la certificación de dichas circunstancias se llevará a cabo por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora. Hay que señalar que, muy acertadamente, y como luego se señalará mas extensamente, la LOIEMH ha modificado la contingencia determinante del riesgo durante el embarazo –y también del nuevo riesgo durante la lactancia– fijando su naturaleza y carácter profesional, frente al anómalo carácter común con el que se configuró en la Ley 39/1999, de 11 de noviembre. Ninguna duda puede haber sobre el carácter profesional de la situación de necesidad si es el puesto de trabajo el que genera el riesgo para la salud

<sup>71</sup> Sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia (Décima Directiva específica ex art. 16 Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989, Directiva Marco).



de la trabajadora gestante y del lactante una vez nuestro ordenamiento continúa en la diferenciación en la acción protectora según el riesgo causante.

#### 4. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y CONEXAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se ha anticipado en los epígrafes anteriores, la LGSS ha sido también objeto de modificaciones importantes, en algunos casos al hilo de las modificaciones operadas en el ámbito del contrato de trabajo y parejas a estas, dada la íntima conexión entre las previsiones en el ámbito del contrato de trabajo y la protección que la Seguridad Social articula para afrontar la pérdida de rentas que algunas de las medidas previstas en el ámbito de la relación laboral implican. Pero a las modificaciones anteriores cabe añadir una novedad singular cual es la previsión de una nueva prestación –asistencial, la denomina erróneamente a mi parecer el legislador– para el supuesto de que la trabajadora no cumpla el periodo de carencia para tener derecho a la prestación contributiva cuando este es exigido. Especialmente importantes son también todas las medidas en materia de cotización –ya real, ya ficticia– tendentes a que la maternidad no tenga consecuencias negativas sobre los futuros derechos de protección social ampliando incluso las ficciones de cotización fuera del ámbito del personal incluido en el ámbito de aplicación del sistema contributivo y para cuando queden comprendidas. Sin embargo y curiosamente el legislador no ha modificado las reglas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial ni para el cómputo del periodo de carencia exigible ni tampoco para el cálculo de la cuantía de las prestaciones cuando estadísticamente la mayor parte del trabajo a tiempo parcial se desarrolla por mujeres y precisamente como una vía para conciliar la vida laboral y familiar.

#### 4.1. La prestación de maternidad

##### 4.1.1. *Modificaciones operadas sobre la prestación «contributiva» de maternidad: cambios en el periodo de carencia y nuevas reglas para la determinación del momento del hecho causante*

En primer lugar, y respecto de la prestación económica por maternidad «contributiva» –pues como se ha señalado la LOIEMH introduce una prestación asistencial– la LOIEMH modifica el periodo de carencia, exigiendo periodos distintos en función de la edad de los beneficiarios. Hasta la promulgación de la LOIEMH, el periodo de carencia exigido era idéntico al exigido para la prestación económica de incapacidad temporal: 180 días dentro de los 5 años anteriores. Hay que recordar sobre este particular que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre configuró por primera vez la maternidad como una prestación autónoma de la incapacidad laboral transitoria como se contemplaba hasta dicha fecha pero, pese a que modificó la cuantía de la prestación, prácticamente no alteró los requisitos exigidos lo que no dejó de plantear una importante problemática que no encontró solución hasta el nuevo desarrollo reglamentario llevado a cabo por el RD 1251/2001, de 16 de noviembre<sup>72</sup>.

La LOIEMH flexibiliza en algún caso y reduce, en otros, el periodo mínimo de cotización. Lo flexibiliza, suprimiéndolo, al no exigirlo ya a los menores de 21 años de tal forma que cuando el trabajador tenga una edad inferior a la citada no se exigirá periodo de carencia. Ello no implica que nos hallemos ante una prestación de tipo no contributivo: el precepto es claro exigiendo que el tra-

<sup>72</sup> Así, la Orden de 13-10-1967 exigía en casos de maternidad que la afiliación de la trabajadora a la Seguridad Social hubiera tenido lugar por lo menos nueve meses antes de la fecha prevista para el parto por facultativo de la Seguridad Social.



bajador reúna la condición general prevista en el art. 124 LGSS, es decir, que se encuentre en alta o situación asimilada, por lo que su naturaleza contributiva es indubitada. Como es sabido son dos principalmente<sup>73</sup> los requisitos que caracterizan una prestación como contributiva (art. 124 LGSS): la necesidad de que el trabajador se encuentre de alta o situación asimilada al alta, en cuanto que es este requisito el que permite controlar la vinculación del sujeto con la actividad profesional, presupuesto de la protección en nuestro principal nivel de protección –el contributivo– y, en segundo lugar, la cotización previa si bien esta, aunque obligatoria para todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación del sistema, no condiciona el acceso a todas las prestaciones al exigirse únicamente para las prestaciones derivadas de enfermedad común y en duraciones variables. Pues bien, la supresión del periodo de carencia para la maternidad cuando el trabajador sea menor de 21 años no modifica en nada su naturaleza contributiva al persistir la exigencia de los requisitos –de clara naturaleza contributiva– para tener acceso a la misma y singularmente, la realización de actividad profesional. Por otro lado, y como luego se señalará, dado que la LOIEMH ha creado una nueva prestación para el supuesto de que la trabajadora no reúna el periodo de carencia –pero siempre dentro del ámbito profesional– la menor de 21 años no será beneficiaria de la misma en el supuesto de maternidad biológica, única situación protegida por esta nueva prestación del sistema de Seguridad Social.

Cuando el trabajador tiene una edad entre 21 y 26 años, el periodo de carencia aunque, no se suprime, se reduce sensiblemente cifrándose ahora en 90 días cotizados en un periodo de 7 años o, alternativamente, 180 días a lo largo de toda la vida laboral. La mo-

dificación opera, por tanto, en un doble plano: por un lado, reduciendo las cotizaciones exigibles, que pasan a ser la mitad de las hasta ahora exigidas; por otro, ampliando el periodo en el cual deben cumplirse o, alternativamente, se mantiene la misma carencia anterior pero sin limitarse a ningún periodo concreto, si bien dado que la edad mínima de acceso al empleo está cifrada en los 16 años, es lo mismo que exigir dicha carencia en los 10 años anteriores. Finalmente, y por lo que se refiere a los mayores de 26 años, el periodo de carencia se cifra en 180 días dentro de los 7 años anteriores o alternativamente, 360 a lo largo de la vida laboral. No cabe duda de que se trata de previsiones tendentes a facilitar el acceso a la prestación y a adecuar, al igual que tradicionalmente se preveía y prevé en la Incapacidad Permanente, el periodo de carencia a la edad del trabajador exigiendo periodos diferentes según la edad del trabajador pues, obviamente, será la edad la que determinará la posibilidad de haber trabajado mas o menos tiempo, y si es obvio que la exigencia de una menor carencia lo facilita, no lo es menos que ampliar el periodo de referencia también contribuye pues se atenúa el impacto que la prestación temporal o discontinua de servicios, o en supuestos de trabajo a tiempo parcial como luego se señalará, podría determinar en esta materia. Por lo demás, llama la atención el hecho de que la frontera temporal se haya establecido en los 26 años puesto que si bien es cierto que ésta es la edad contemplada en la actualidad también para la prestación de la incapacidad permanente, el Proyecto de Ley de Medidas de Seguridad Social la modifica para elevar la frontera a los 31 años<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Lógicamente, el primero es que el campo de aplicación de la prestación se defina de acuerdo a criterios profesionales y no a criterios de ciudadanía.

<sup>74</sup> Esta edad es el resultado de la modificación del periodo de carencia para los trabajadores jóvenes que ha pasado de ser (pasará a ser) de la mitad del tiempo transcurrido desde que cumplió la edad de 16 años hasta la fecha del hecho causante a reducirse a un tercio de ese mismo tiempo. En la regulación actualmente vigente cada año mas de edad del trabajador en el momento del hecho causante exige 6 meses mas de caren-

La doctrina<sup>75</sup> ya se había manifestado sobre la conveniencia de modificar el régimen jurídico de la maternidad en, entre otros aspectos, la exigencia del periodo de carencia, no tanto propugnando su desaparición —antes bien, proclive a su mantenimiento al tratarse de una prestación contributiva aunque atenuado— cuanto su reducción con la finalidad de propiciar una mayor extensión subjetiva reduciendo el tradicional efecto de expulsión que el mismo tiene, sin romper con su estructura contributiva. Desde otra perspectiva, la financiera, la medida posiblemente va a tener un impacto económico muy reducido: según los datos disponibles, el número total de nacimientos alumbrados por madres menores de 19 años fue, para el año 2005, de 13031: si tenemos en cuenta que se trata de una cifra general de las madres no limitada a trabajadoras, únicas beneficiarias de la prestación, el número podía ser muy inferior.

cia genérica lo que determina que el periodo mínimo de 5 años se alcanza cuando el trabajador cumple 26 años. La nueva regulación reduce de 6 a 4 meses la carencia genérica exigida por cada año mas de edad que tiene el trabajador en la fecha del hecho causante (salvo para los trabajadores hasta 17 años) por lo que hay que esperar a los 31 años para que, en aplicación de la regla 1ª, se llegue al periodo de carencia mínima de 5 años que es el que se exige en todo caso a partir de los 31 años. Dicho periodo mínimo se mantiene por el mandato mínimo hasta los 40 años, momento en el que la 2ª regla aritmética sí tiene como resultado un periodo de carencia de 5 años. Sobre el particular, vid. VICENTE PALACIO, A., «Algunas consideraciones sobre la reforma de las normas para el cálculo de la prestación de incapacidad permanente en el proyecto de ley de reforma de las pensiones de seguridad social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 9, 2007.

<sup>75</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., «50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Madrid (Civitas-Thomson), 2006, especialmente sobre este particular, págs. 127 y ss. Entre las medidas propugnadas en esta materia señalaba el citado autor las siguientes: «a) reducir el periodo de cotización previo por ejemplo a los 90 días; b) establecer una carencia reducida para los trabajadores menores de 26 años; c) ampliar el periodo de referencia para su cómputo, por ejemplo, pasando de 5 años a 10 años

Al igual que ocurre en otras prestaciones, ha sido conflictivo, más en la doctrina que en la jurisprudencia, aunque también en ésta en algún supuesto concreto<sup>76</sup>, la determinación del momento del hecho causante puesto que tanto puede quedar fijado en la fecha de inicio de la suspensión del contrato —que, como es sabido, puede ser anterior a la fecha del parto puesto que el descanso obligatorio postparto es sólo de 6 semanas— como en la fecha del parto o de la resolución administrativa o judicial por las que se constituyen el acogimiento y la adopción. Se trata de una cuestión fundamental pues el hecho causante tiene, entre otras funcionalidades, la de ser el momento en el que deben concurrir los requisitos exigidos para tener acceso a la protección y, por lo que respecta a la maternidad, resulta relevante tanto para la determinación de la edad del beneficiario —de la que depende ahora la exigencia o no de carencia o de una mayor o menor carencia— como para determinar el momento de inicio del cómputo del periodo de carencia. Nuestro ordenamiento, tradicionalmente, ha optado por fijar el hecho causante en el momento del parto o fecha de la resolución administrativa o judicial de acogimiento o adopción de tal forma que, con la única excepción de los supuestos de adopción internacional con desplazamiento previo de los progenitores (art. 4.1 párrafo segundo RD 1251/2001), es en este momento en el que el trabajador debe reunir los requisitos generales y particulares para tener derecho a la protección, lo que ha sido objeto de críticas por la doctrina<sup>77</sup> que ha solicitado reiteradamente su modificación en aras a su fijación en el momento en que se inicie la protección

<sup>76</sup> Así, especialmente conflictiva ha sido la determinación de la fecha del hecho causante en los supuestos de adopción internacional: vid. STSJ Andalucía/Sevilla de 24-7-2002 (AS 2002, 3320), STS de 9-12-2002 (RJ 2002, 1946); STSJ Castilla y León/Burgos de 9-6-2004 (AS 2004,2000).

<sup>77</sup> Así lo señala TORTUERO PLAZA, J.L., «50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Madrid (Civitas-Thomson), 2006, especialmente sobre este particular, pág 130.

dado que, como he señalado, en la actualidad cabe el disfrute del permiso voluntario con anterioridad a dichas fechas.

El legislador sin embargo, aunque ha modificado las reglas relativas a la fijación del hecho causante mediante la reforma del art. 133 ter LGSS ha optado, en general, por mantener la situación anterior si bien introduciendo las necesarias modificaciones dada la relevancia que ha adquirido la edad del beneficiario respecto del periodo de carencia. En un precepto algo confuso, el legislador establece tres reglas sobre el particular: la general y dos excepciones. Hay que anticipar ya que las reglas señaladas van referidas únicamente a fijar el momento del hecho causante a los efectos de la carencia y en relación con el requisito de la edad por lo que habrá que estar a las reglas generales anteriores, es decir, la fecha del parto o de la resolución administrativa o judicial de adopción y acogimiento a los efectos de los restantes requisitos, y concretamente, de la situación de alta o asimilada que se exigirá en ese momento.

Así, en primer lugar, la regla general es que la edad —en función de la cual se exige uno u otro periodo de carencia— será la que el beneficiario tenga en la fecha del parto o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución por la que se constituye la adopción. Se mantiene así, como regla general, el mismo régimen que el vigente hasta este momento y por tanto, se excluye la posibilidad de que sea el momento en que se inicie la suspensión la fecha del hecho causante, tal y como había solicitado la doctrina. Posiblemente el legislador ha intentado sustraer a la voluntad del beneficiario la fecha del hecho causante dejando su determinación, bien al azar biológico, bien al azar judicial o administrativo para evitar así que por esta vía el beneficiario pudiera determinar la exigencia o no de carencia, si bien en el breve periodo en que se puede adelantar el periodo de descanso voluntario a la fecha del parto. Por tanto, en el supuesto de que el tra-

bajador inicie su periodo de descanso por maternidad con anterioridad a la fecha del parto o de la resolución administrativa o judicial de adopción o acogimiento, habrá que estar a la edad que el beneficiario tendrá en estos momentos, hecho incierto —aunque sólo relativamente— lo que puede plantear problemas si, en supuestos «fronterizos» o de laboratorio, se reconociera el derecho a las prestaciones que luego pudieran resultar indebidas si en ese breve plazo de tiempo el beneficiario pudiera cumplir años que le sitúen en un distinto nivel de exigencia de cotización que finalmente no acredite.

La regla general se exceptúa en dos ocasiones. Según la primera, que está restringida al supuesto de parto y predicada únicamente de la madre biológica, la edad será la que tenga la interesada en el momento de inicio del descanso aunque, como una nueva medida promocional o tuteladora, se dispone que será el momento del parto el que se tomará como referente a efectos de verificar si la trabajadora cumple o no el periodo de carencia. En definitiva, el legislador está otorgando a la trabajadora como días válidos para la carencia los que se hallen entre el inicio del disfrute del periodo de descanso y la fecha del parto. El hecho de que la medida se restrinja a la maternidad biológica y se predique únicamente de la madre da idea de que se está utilizando como una medida promocional de la natalidad, favoreciendo nuevamente el supuesto de maternidad biológica. No obstante, si tenemos en cuenta que el incumplimiento del periodo de carencia abre el derecho de la trabajadora, en los supuestos de maternidad biológica, a la prestación «especial» de maternidad a la que nos referiremos a continuación la medida promocional tiene como efecto secundario el mantener en el nivel contributivo de la prestación general el máximo posible de beneficiarias<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> Parece sostener una interpretación diferente de esta regla PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (A propó-

Esta misma regla de fraccionamiento del hecho causante se aplica en los supuestos de adopción internacional supuesto en el que la edad a efectos de la exigencia del periodo de carencia será la que tengan cumplida los interesados en el momento del inicio del descanso si bien será la fecha de la resolución judicial de adopción o acogimiento la que se tomará como referente a efectos de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización exigible. Al igual que en el supuesto anterior, la medida beneficia a los adoptantes al permitirles que sea la edad que tienen en el momento del inicio del periodo del descanso la determinante a los efectos de acreditar el periodo de carencia exigible pero al tomar el momento de la resolución judicial o administrativa a efectos de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización que corresponda se está permitiendo computar ese periodo, en el que existen cotizaciones, como periodo válido a los efectos de la edad a considerar para la exigencia del periodo de carencia. El hecho de que la adopción y el acogimiento estén excluidos de la nueva prestación «asistencial» de maternidad hace prueba de que la finalidad principal del legislador es, efectivamente, flexibilizar el régimen jurídico de la prestación de maternidad contributiva facilitando el acceso a la misma aunque en el supuesto anterior esta regla relativa al hecho causante tengo como efecto secundario el antes señalado.

Por tanto, y en el resto de supuestos en los que no resultan de aplicación estas reglas especiales, no existe esa separación entre los distintos efectos o consecuencias del hecho causante: la fecha del parto o de la resolución administrativa o judicial por la que se constituye el acogimiento o la adopción será la de-

terminante tanto para fijar la edad como para el cómputo del periodo de carencia exigible en función de esa edad.

#### 4.1.2. *La nueva prestación «asistencial» de maternidad*

La segunda modificación, de gran importancia, consiste en la creación de una nueva prestación —«especial», la denomina la Ley— para el supuesto de que no se reúna el periodo de carencia antes establecido. La doctrina la ha denominado «asistencial» pero se trata de una asistencialidad dentro del sistema profesional contributivo pues para ser beneficiaria del mismo —además está limitado a los supuestos de parto y para la madre biológica— es preciso que la trabajadora reúna todos los requisitos para acceder a la prestación «contributiva» de maternidad y por tanto, el requisito de estar incluida en el campo de aplicación del sistema por realizar actividad profesional —ya por cuenta ajena, ya por cuenta propia<sup>79</sup>— y que además, se encuentre en alta o situación asimilada al alta en el momento de sobrevenirle la contingencia protegida. En ningún caso se puede entender, en supuesto de parto múltiple por mujer que por no reunir el periodo de carencia accede al subsidio asistencial por maternidad, que tenga también derecho al subsidio especial por parto múltiple regulado en el art. 3.2 RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por ser esta una prestación de carácter contributivo<sup>80</sup>.

No obstante, el Art. 133 septies LGSS la califica de no contributiva a los efectos del Art. 86 LGSS y por tanto, desde la perspectiva de su financiación que por tanto, no será

sito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», Revista CEF Trabajo y Seguridad Social nº 290, mayo 2007, pág. 54, para quien la referencia a la edad en el momento del parto es para verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización que en su caso corresponda.

<sup>79</sup> Así lo declara expresamente la D.A.11 bis LGSS en su nueva redacción.

<sup>80</sup> Subdirección General de Gestión de Incapacidad Temporal y Otras Prestaciones a Corto Plazo: «Respuestas a dudas surgidas respecto a la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres (2ª parte).

llevada a cabo con cuotas sino a través de las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social.

Así pues, frente a propuestas mas audaces de la doctrina, de creación de una prestación por maternidad como derecho de ciudadanía<sup>81</sup> financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y que comprendiera, con una clara finalidad incentivadora de la natalidad, toda situación de maternidad biológica independientemente de la vinculación profesional previa de la madre al sistema de seguridad social, el legislador ha creado una prestación «cuasi-contributiva» o de «repesca»: es decir, una nueva prestación para aquéllas que, por no cumplir el periodo de carencia exigido, queden expulsados de la protección contributiva, supuesto que, además, dada la importante flexibilización de la carencia exigida se va a producir en pocas ocasiones. Nos hallamos así ante una modalidad de prestación singular desde la perspectiva de su naturaleza que bien podríamos catalogar de «híbrida» e incluso perturbadora de la tradicional distinción entre prestaciones contributivas y prestaciones no contributivas si bien es verdad que el nivel contributivo de prestaciones conoce de mecanismos de corte asistencializador: los complementos por mínimos son el ejemplo mas claro de un mecanismo que siendo su función la de asegurar un nivel mínimo de rentas, limitan su campo de aplicación a las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social o incluso la protección de desempleo en su nivel asistencial que, aunque en otro sentido, también utiliza módulos o técnicas de corte asistencial sobre la definición de un riesgo que es esencialmente profesional.

Esta configuración híbrida se aprecia en el propio régimen jurídico de la prestación.

<sup>81</sup> Vid. TORTUERO PLAZA, J.L., «50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación familiar», Madrid (Civitas-Thomson), 2006, pág. 96 y ss.

Por un lado, se limita a la maternidad biológica: si su finalidad es incentivadora de la natalidad resulta poco incentivadora aunque se anuncian otras importantes medidas en este ámbito situadas, sistemáticamente, en el ámbito de la protección familiar<sup>82</sup>; si la finalidad no es tal, sino únicamente no expulsar de la protección contributiva por incumplimiento del periodo de carencia exigido, no se entiende que se limite a la maternidad biológica cuando se ha hecho un esfuerzo importante por igualar la protección de maternidad biológica con la maternidad por acogimiento y adopción. Por lo que respecta a la forma de determinación de la cuantía, se sigue la línea iniciada ya en otras prestaciones del sistema de utilizar módulos asistenciales para su cálculo que se cifra en el 100% del IPREM vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme a módulos contributivos —es decir, con la base de cotización del mes anterior o en aplicación de las normas previstas para los trabajadores a tiempo parcial por la D.A.7ª LGSS— fuese de cuantía inferior en cuyo caso se estará a la misma. Se trata de evitar que la aplicación de este módulo no contributivo pueda dar derecho a percibir una prestación superior a la que correspondería aplicando las normas contributivas.

La duración se establece en 42 días naturales, es decir, el periodo de 6 semanas de descanso obligatorio, a contar desde el parto afectándole las mismas causas de denegación, anulación y suspensión que las previstas para la prestación contributiva. Lógicamente, y como es sabido, la falta del periodo de carencia no impide que la trabajadora disfrute de

<sup>82</sup> Así, el Presidente del Gobierno ha anunciado, en el debate del Estado de la Nación en su sesión inicial del día 4-6-2006 la creación de una prestación familiar a tanto alzado por un importe de 2500 euros por cada hijo. Habrá que esperar a su materialización normativa pero es de suponer que dicha prestación será universal y no condicionada a prueba de recursos de manera similar a la prestación por parto o adopción múltiple establecida en la LGSS.



su permiso de maternidad, si bien éste no estaba hasta la actualidad subsidiado por la prestación económica de la Seguridad Social al no reunirse en este ámbito el requisito de la carencia. De hecho, el descanso de 6 semanas posteriores al parto es siempre obligatorio no pudiendo la madre renunciar al mismo en ningún caso.

En definitiva, en mi opinión, aún siendo positivo el establecimiento de mecanismos

que permitan extender la protección de maternidad a supuestos antes excluidos cumpliendo así la función reparadora que es propia de la Seguridad Social, por esta vía no se incentiva la natalidad pues queda fuera un importante colectivo de mujeres –no ocupadas– que son el colectivo que realmente hay que atraer para incrementar las tasas de natalidad<sup>83</sup> sin perjuicio lógicamente, de implementar políticas tendentes a la integración

<sup>83</sup> Como se desprende de los datos abajo reproducidos (Fuente: INE: Encuesta de Población Activa). Se puede descargar de <http://www.ine.es> existe una tasa elevada de mujeres inactivas, muchas de las cuales se encuentran en edad de procrear.

	Trimestre actual	Variación sobre el trimestre anterior		Variación sobre igual trimestre del año anterior	
		Diferencia	Porcentaje	Diferencia	Porcentaje
1. Población de 16 años y más por sexo y relación con la actividad económica					
MUJERES					
Población de 16 años y más	19.098,9	89,30	0,47	291,9	1,55
Activas	927,07	53,30	0,58	356,7	4,00
– Ocupadas	8.214,7	44,20	0,54	390,1	4,99
– Paradas	1.056,0	9,10	0,87	-33,4	-3,07
Inactivas	9.799,2	36,80	0,37	-84,8	-0,88
Tasa de actividad	48,61	0,05	–	1,14	–
Tasa de paro	11,39	0,03	–	-0,83	–
Población de 16 a 64 años	14.907,4	74,60	0,50	238,0	1,85
Tasa de actividad (16-44)	61,87	0,05	–	1,43	–
Tasa de paro (16-44)	11,43	0,03	–	-0,84	–
Tasa de empleo (16-44)	54,80	0,03	–	1,773	–

	Trimestre actual	Variación sobre el trimestre anterior		Variación sobre igual trimestre del año anterior	
		Diferencia	Porcentaje	Diferencia	Porcentaje
4. Ocupados por sexo, grupo de edad y sector económico					
MUJERES	8.214,7	44,2	0,54	390,1	4,99
De 16 a 19	125,2	-2,9	-2,28	-8,6	-6,45
De 20 a 24	673,8	-34,4	-4,85	-43,0	-6,00
De 25 a 29 años	1.280,2	6,9	0,54	57,3	4,68
De 30 a 34 años	1.318,4	-14,7	-1,10	65,9	5,26
De 35 a 39 años	1.201,0	8,8	0,57	45,8	3,96
De 40 a 44 años	1.153,1	34,4	3,07	101,0	9,60
De 45 a 49 años	983,1	20,2	2,09	70,9	7,77
De 50 a 54 años	711,0	15,5	2,22	62,4	9,62
De 55 años y más	789,0	12,5	1,85	38,6	5,28
TOTAL OCUPADOS	20.089,2	67,4	0,34	689,1	3,45
Agricultura	990,0	68,2	7,39	5,2	0,52
Industria	3.265,3	-54,5	-1,64	-8,3	-0,25
Construcción	2.664,7	41,5	1,58	227,9	9,35
Servicios	13.149,3	12,3	0,09	444,3	3,50

de la mujer a la vida laboral. Lógicamente medidas de este tipo son muy costosas económicamente y mas si, como ha señalado la doctrina sería deseable su configuración como prestación universal fuera de las cicateras pruebas de recursos de las prestaciones no contributivas.

#### *4.1.3. Relaciones entre la prestación de maternidad y la prestación por desempleo*

Las relaciones entre la prestación de incapacidad temporal, maternidad y el desempleo han sido objeto de modificación hasta en seis ocasiones lo que da idea de la complejidad y variación en los criterios del legislador sobre el particular. No fue hasta la modificación operada sobre la incapacidad laboral transitoria por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre antes señalada cuando se presentó la posibilidad –y la necesidad– de otorgar un distinto tratamiento a las relaciones entre la situación de desempleo y la maternidad si bien hubo que esperar a la reforma operada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para que se iniciara el lento camino hacia un tímido mejor tratamiento de la maternidad en tales situaciones en comparación con la protección o regulación relativa a la incapacidad temporal. La Ley 24/2001, de 27 de diciembre profundizó dicha regulación específica, continuada por el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio para finalmente, ser nuevamente reformada por la LOIEHM.

Hasta la promulgación de ésta última, cuando el trabajador se encontraba en situación de maternidad y se extinguía su contrato de trabajo –suspendido por el disfrute del permiso por maternidad–, continuaba percibiendo la prestación de maternidad –en la misma cuantía, por tanto, que venía percibiendo a cuya finalización, si la extinción contractual constituía situación legal de desempleo, pasaba a percibir la prestación de desempleo contributivo en la cantidad que le

correspondiera sin que su duración se viera afectada por el hecho de haber disfrutado de la prestación de maternidad con el contrato ya extinguido si bien no se mantenía la obligación de cotizar una vez extinguido el contrato de trabajo con el consiguiente perjuicio para el beneficiario. Esta situación contrastaba con la establecida para la incapacidad temporal pues si el contrato de trabajo se extinguía en esta situación afectaba a la cuantía de la prestación de IT –que pasaba a percibirse en cuantía igual a la del desempleo– así como a su duración– pues del periodo de desempleo se restaba el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal una vez extinguido el contrato de trabajo. Durante tal situación, la Entidad gestora de la prestación por desempleo cotizaba a la seguridad social asumiendo en su integridad la aportación del trabajador (Art. 222 LGSS), cotización que no comprende las cuotas por riesgos profesionales, desempleo, Fogasa y formación profesional.

La LOIEMH (art. 124.6 LGSS) incide en esta materia y acogiendo las críticas y recomendaciones de la doctrina<sup>84</sup> sobre esta regulación, pasa a considerar como cotización efectiva a efectos de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad y paternidad el periodo de maternidad que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo. No se trata de que imponga una obligación de cotizar a la entidad gestora –ni tampoco al beneficiario– sino simplemente el establecimiento de una nueva ficción de cotización a los señalados efectos. Se trata, al igual que en otros de los preceptos reformados, de que del ejercicio de la maternidad no se deriven efectos negativos en el ámbito de la protección social y por tanto, neutralizar

<sup>84</sup> TORTUERO PLAZA «50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Madrid (Thomson-Civitas), 2006, pág. 163. *Vid.* también LUJAN ALCARAZ, J., «Desempleo, maternidad e incapacidad temporal» en AA.VV (Dir. Sempere Navarro) «Comentarios a la Ley General de Seguridad Social», Murcia (Laborum), 2003, págs. 1183 y ss.

todas las consecuencias negativas que en el ámbito de la carrera contributiva pueden derivarse de esta suspensión contractual causal.

También importante es la modificación operada cuando el inicio del descanso por maternidad tiene lugar causada ya la percepción de la prestación por desempleo. La regulación anterior disponía para tales supuestos que si bien la cuantía de la prestación a percibir sería la que le correspondería por maternidad, el periodo de percepción de la prestación por desempleo no se ampliaría por tal circunstancia –al igual que se disponía respecto de la incapacidad temporal, dando tratamiento unitario en este punto concreto a ambas contingencias–, disponiendo la obligación de cotizar de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo durante dicho periodo en la parte de la cuota empresarial y en el porcentaje de la aportación obrera en los términos previstos en el Art. 214.4 LGSS.

La LOIEMH modifica esta situación disponiendo ahora la suspensión de la prestación por desempleo –y de la cotización señalada– a efectos de que el trabajador pase a percibir la prestación por maternidad, gestionada directamente por la Entidad Gestora correspondiente finalizada la cual se reanudará la prestación por desempleo a solicitud del interesado por la duración que restaba por percibir y la cuantía que le correspondía en el momento de la extinción. No hay, pues, reducción en su duración que se verá incrementada con el periodo de la suspensión por maternidad. La solicitud de reanudación presentada fuera del plazo general de quince días tiene por efecto la pérdida de tantos días de prestación como medien entre la fecha que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquélla en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud<sup>85</sup>. Además, y al

igual que en el supuesto anterior, el periodo de maternidad que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo será considerado como periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Por lo que se refiere a la cotización, opera también en este supuesto la ficción de cotización antes referida para el supuesto de extinción del contrato durante la situación de maternidad, y con el mismo alcance señalado, pues así lo dispone el nuevo apartado 6 del Art. 124 LGSS también a este respecto aunque no señale nada el Art. 222 LGSS. Con todo esta previsión es de aplicación únicamente a las prestaciones causadas a partir del 24-3-2007, es decir, a partir de la entrada en vigor de la LOIEMH (D.T.7ª LOIEMH).

Coherentemente con estas nuevas relaciones entre la maternidad y el desempleo, la LOIEMH modifica también el art. 222.3 LGSS añadiendo un nuevo párrafo quinto que dispone la suspensión de la prestación por desempleo y de la cotización a la seguridad social que se abona por el SPEE ex art. 214 LGSS cuando el trabajador pase a la situación de maternidad, pasando a percibir la prestación por maternidad directamente de la Entidad Gestora de la misma, prestación por desempleo que se reanudará una vez extinguida la prestación por maternidad por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión. El precepto se remite al art. 213.3.b) LGSS y por tanto, la reanudación será previa solicitud del interesado en los términos antes señalados.

#### *4.1.4. Aplicación a los Regímenes Especiales*

La LOIEMH como no podía de ser de otra forma, modifica nuevamente la D.A.8ª LGSS

<sup>85</sup> Esta misma propuesta la realiza TORTUERO PLAZA «50 propuestas para racionalizar la maternidad y faci-

tar la conciliación laboral», Madrid (Thomson-Civitas), 2006, pág. 145 y 162 y ss.

precepto que es el que ordena la aplicación a los distintos Regímenes Especiales de algunas normas previstas en el Título II para el Régimen General y a través de la cual se viene realizando una importante homogenización de la acción protectora del sistema. Sin embargo y curiosamente, la D.A. 8ª no contempla referencia alguna a los preceptos reguladores de la maternidad –sí a los referidos al riesgo durante el embarazo y ahora también durante la lactancia siendo este último el que se ha visto incluido en la citada D.A.8ª– pero ello no significa que la prestación por maternidad no sea aplicable desde hace tiempo en los regímenes especiales: la D.A.11ª LGSS –cuyo origen se sitúan en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre que, como hemos señalado fue la que escindió la maternidad de concepto de incapacidad temporal dotándola de autonomía propia– es la que regula y extiende en los términos en ella previstos la regulación de la maternidad en los Regímenes Especiales, D.A.11ª que también es objeto de modificación por la LOIEMH.

Con anterioridad, este precepto disponía la aplicación de la protección por maternidad a los trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales con la misma extensión, términos y condiciones que los previstos para los trabajadores el Régimen General. No obstante, y por lo que se refería a los trabajadores por cuenta propia se preveía dos especialidades: en primer lugar, y como requisito imprescindible, la necesidad de que los trabajadores responsables de la obligación de cotizar se hallaran al corriente en el pago de las cuotas a la seguridad social; en segundo lugar, y como precisión, que la duración y distribución de la prestación serían coincidentes con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena. No obstante, quedaban excluidos de la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial a tenor del Art. 2.3 in fine del RD 1251/2001, de 16 de noviembre. Es precisamente sobre este último aspecto sobre el que la LOIEMH incide –además de la necesaria referencia en

ambas disposiciones legales señaladas al permiso de paternidad–, permitiendo, si bien referido al desarrollo reglamentario y en los términos en que éste disponga–, la posibilidad de que también los trabajadores por cuenta propia puedan disfrutar del permiso de maternidad a tiempo parcial.

## 4.2. Prestación de riesgo durante el embarazo

### 4.2.1. Cambio sobre la naturaleza jurídica de la prestación: consecuencias en materia del periodo de carencia y gestión

La principal modificación que ha operado la LOIEMH sobre esta prestación ha sido la mutación de su naturaleza jurídica pasando de su anómala consideración de riesgo común a la mas razonable y coherente naturaleza profesional. No puede haber ninguna duda de esta naturaleza cuando es el propio puesto de trabajo en que resulta incompatible, por perjudicial, con el estado de gestación de la trabajadora.

Las consecuencias que se derivan de esta modificación son varias y de gran importancia.

La primera es la problemática o duda que se genera respecto de cuales sean los propios beneficiarios de la prestación y concretamente, si respecto de los trabajadores por cuenta propia integrados en regímenes en los que la cobertura de las contingencias profesionales es voluntaria, será preciso que dichos trabajadores tengan concertado ese plus de protección o si, por el contrario, existen razones que justifican el mantenimiento de esta protección legal en todo caso con independencia de su nueva caracterización profesional, como así ha mantenido algún cualificado intérprete<sup>86</sup>. Hay que recordar que la D.A.8ª LGSS

<sup>86</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación laboral y familiar y seguridad social», Revis-

declara aplicable esta prestación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales en los términos y condiciones que se establezca reglamentariamente y que el RD 1251/2001, de 16 de noviembre declara aplicable dicha prestación a los trabajadores por cuenta propia con cuatro únicos requisitos: que la trabajadora se encuentre en alta o situación asimilada al alta; que reúna el periodo de carencia; un certificado de los servicios médicos de la entidad gestora correspondiente que acredite la situación de embarazo y su negativa influencia en la salud de la trabajadora o del feto y, finalmente, que se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones, sin perjuicio de la aplicación del mecanismo de la invitación al pago previsto en la D.A.39 LGSS. De esta regulación reglamentaria, así como del muy razonable argumento de que esta modificación no puede significar una «*reformatio in peius*» del nivel de protección ya alcanzado para los trabajadores autónomos que no tenían configurada esta protección en términos de voluntariedad, concluye el citado autor en que en ningún caso cabe deducir que la protección por esta prestación sea voluntaria en dichos supuestos. Con todo, es verdad que queda una situación normativa algo disfuncional respecto de los trabajadores por cuenta propia —y los empleados de hogar aún siendo trabajadores por cuenta ajena, están totalmente excluidos de la protección por riesgos profesionales— pues declarando la normativa que dicha protección será voluntaria— tal declaración es válida sólo parcialmente al existir otros preceptos (D.A.8ª LGSS y D.A.11 bis LGSS) que declaren aplicables a los trabajadores por cuenta propia los arts. 134, 135, 135 bis, 135 ter LGSS.

Desde otra perspectiva, la de la financiación de estas prestaciones, la LOIEMH no ha previsto modificación alguna en el sistema de cotización de tal forma que, manteniéndose

se la misma cotización por contingencias comunes, se ve reducida la acción protectora dispensada con este carácter y, por otro lado, se ha aumentado la acción protectora derivada de riesgos profesionales sin que tampoco se haya adecuado la cotización por estas que, además, hay que recordar se estructuran sobre la dual acción protectora clásica: Incapacidad Temporal e Invalidez/Muerte/Supervivencia. Se trata de una cuestión de suma importancia dado que el nuevo art. 135.4 LGSS dispone ahora que la gestión y pago de esta prestación corresponderá a la Entidad Gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Por otro lado, y sin que contradiga lo anterior, durante la situación de riesgo por embarazo al igual que durante la nueva situación de riesgo durante la lactancia natural continúa la obligación de cotizar, cotización que se llevará a cabo sobre la base de cotización por la que el trabajador venía cotizando con anterioridad a la suspensión de la actividad sobre la que se aplica el tipo de cotización previsto en el epígrafe c) del Cuadro II de la Tarifa de Primas de Cotización por contingencias profesionales, es decir, la prevista para los trabajadores en período de baja por incapacidad temporal y otras situaciones con suspensión de la relación laboral con obligación de cotizar<sup>87</sup>.

En el supuesto de trabajadores por cuenta propia que no hayan optado por la cobertura de las contingencias profesionales la prestación se dispensará, pese al tenor literal del art. 135.4 LGSS introducido por la LOIMH por la entidad que tenga aseguradas las contingencias comunes<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> D.A.4ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (BOE de 30-12-2007).

<sup>88</sup> En este sentido, PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad

ta CEF de Trabajo y Seguridad Social nº 290, mayo 2007, págs. 40-42.



Otras consecuencias no son menos relevantes: en primer lugar, la inexistencia de periodo de carencia para tener acceso a la prestación; se suple así el problema que podía presentarse de la trabajadora gestante que, estando en un puesto de trabajo incompatible con su estado y siendo imposible el cambio de puesto de trabajo, pudiera verse obligada a suspender su contrato de trabajo –pues la suspensión no puede quedar condicionada a que la trabajadora reúna o no los requisitos para tener acceso a la prestación económica sustitutiva en el ámbito de la Seguridad Social. En segundo lugar, operará también el mecanismo del alta presunta o de pleno derecho (Art. 125.3 LGSS) previsto para todas las prestaciones con origen en causas profesionales. En tercer lugar, la modificación también afectará en materia de responsabilidades empresariales por cuanto que como es sabido, en el muy deficiente y poco claro sistema de responsabilidades en supuestos de incumplimiento del empresario, las prestaciones derivadas de riesgos profesionales cuentan con la garantía adicional de estar protegidas por el principio de automaticidad consagrado en el art. 126.3 LGSS que, como es sabido, alcanza de forma completa a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, si bien lógicamente esta consecuencia no resulta aplicable a los trabajadores por cuenta propia a los que se les exige, como requisito imprescindible, hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones puesto que ellos son los responsables de las mismas sin perjuicio de que opere el mecanismo de la invitación al pago previsto en la D.A.39ª LGSS y en las disposiciones reglamentarias aplicables en los Regímenes Especiales.

Finalmente, el cambio en la conceptualización del origen causal de la prestación tiene también su incidencia en la determinación de la

cuantía de la prestación en cuanto que se modifica expresamente la base reguladora de la misma, como se señalará a continuación.

#### *4.2.2. Modificaciones sobre la cuantía de la prestación: base reguladora y porcentaje aplicable*

Efectivamente, la modificación que la LOIEMH ha operado sobre la naturaleza de la prestación ha afectado también, lógicamente, a la base reguladora de la prestación que si anteriormente tomaba como módulo para su cálculo la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de riesgos comunes –como es sabido, formada por la base de cotización del trabajador por riesgos comunes del mes anterior a la baja–, ahora expresamente se dispone que será la establecida para la prestación de incapacidad temporal pero derivada de riesgos profesionales. Se integrarán así en la base reguladora el promedio de las horas extraordinarias que la trabajadora hubiera realizado en los doce meses naturales inmediatamente anteriores al hecho causante, pudiendo suponer, por tanto, una importante elevación en la base reguladora.

A esta modificación cabe añadir la directa mejora del porcentaje aplicable. Si la regulación disponía la aplicación del 75% sobre la base reguladora antes señalada, la LOIEMH ha elevado dicho porcentaje hasta el 100%, coincidente por tanto con el previsto para la prestación por maternidad pero, en realidad, determinando una cuantía superior de la prestación al calcularse, como se ha señalado, sobre la base reguladora derivada de contingencias profesionales y no comunes como la maternidad.

### **4.3. La nueva prestación por riesgo durante la lactancia natural**

#### *4.3.1. Naturaleza de la prestación*

Como ya se ha señalado, la LOIEMH crea en el ámbito del contrato de trabajo una nue-

---

Social (A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres)», Revista CEF Trabajo y Seguridad Social nº 290, mayo 2007, pág. 44.

va causa de suspensión del mismo: el riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses, causa de suspensión que también se contempla ahora en la nueva redacción otorgada por dicha LOIEMH al art. 26.4 LPRL cuando concurren las circunstancias que hasta ahora únicamente determinaban el pase a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo, es decir, la existencia de un riesgo para la salud de la trabajadora o el feto y la imposibilidad de evitar la exposición a dicho riesgo bien mediante la adaptación de las condiciones de trabajo bien mediante el cambio de puesto de trabajo por ser este técnica u objetivamente imposible. En el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social se crea así una nueva prestación económica dirigida a subvenir la situación de necesidad creada por la pérdida del salario consecuencia de la suspensión contractual mediante la introducción de un nuevo Capítulo IV quinquies en el Título II de la LGSS. Se cubre así la laguna de la que adolecía nuestra normativa en relación a la regulación comunitaria (Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que esté en periodo de lactancia) que también comprendía en su ámbito de aplicación la protección de la mujer durante el periodo de lactancia sin que ni la LPRL ni la Ley 39/1999, de 11 de noviembre previeran mas derechos para tal situación que el traslado a otro puesto de trabajo compatible sin prever soluciones, tanto en el ámbito del contrato de trabajo como en el ámbito de la Seguridad social, al nada improbable supuesto de que ese cambio no fuera técnica u objetivamente posible.

En general, su régimen jurídico se configura por remisión a la prestación económica de riesgo por embarazo por lo que a lo anteriormente señalado me remito: su naturaleza profesional y las consecuencias que de la misma se derivan; su misma cuantía y por tanto, el 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de riesgos pro-

fesionales; y finalmente, la gestión de la prestación.

En todo caso, y como antes se ha señalado, la situación protegida es la lactancia natural por lo que queda fuera de la misma la lactancia artificial. La prestación se extingue cuando finalice la suspensión del contrato lo que tendrá lugar, según prevé el art. 48.5 ET en su nueva redacción, bien cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado bien, y en todo caso, cuando el lactante cumpla 9 meses. Por tanto, la duración de la suspensión dependerá de la fecha de inicio de la suspensión por maternidad y de la propia duración de esta. Dado que parece poco probable que exista riesgo durante la lactancia sin que haya existido riesgo durante el embarazo –no así a la inversa pues no todos los riesgos a los que se puede estar expuesto durante la gestación necesariamente serán transmisibles a través de la lactancia–, la sucesión de causas de suspensión y correspondientes prestaciones económicas será la siguiente: suspensión por riesgo durante el embarazo, que se iniciará desde que se detecte el riesgo para la salud de la embarazada y/o el feto y hasta la fecha del parto que pone fin necesariamente a la misma; la suspensión por maternidad –con una duración de dieciséis semanas, es decir, cuatro meses del menor– a lo que habría que añadir los cinco meses restantes –hasta que el lactante cumpla los nueve meses– a añadir a los anteriores.

Aunque la prestación por riesgo durante la lactancia natural está limitada a la mujer, y sólo a la que ha sido madre biológica, por ser ella la que, por la exposición al riesgo, puede contagiar al menor a través de la lactancia, surge la duda de si sería posible que, una vez salvado el periodo de descanso obligatorio post-parto del descanso por maternidad, el otro progenitor pudiera hacer uso del resto del descanso por maternidad, pasando la madre a suspender su contrato por riesgo durante la lactancia natural. Hay que recor-

dar que la LOIEMH ha suprimido del 48.4 ET y para el disfrute por el padre de la suspensión del contrato por maternidad en la parte no obligatoria el condicionante de que la incorporación de la madre al trabajo no supusiera un riesgo para la salud de la trabajadora admitiendo ahora el mantenimiento de la efectividad de la cesión a favor del otro progenitor incluso cuando en el momento previsto para la incorporación de la madre ésta no pudiera, disponiendo en tal caso su pase a la situación de incapacidad temporal. Como ya he dicho, mientras la posibilidad o no de incorporación de la madre trabajadora por la maternidad es un hecho incierto en el momento en el que se hace la cesión a favor del otro progenitor, en el caso del riesgo durante la lactancia lo normal es que sea conocido pues debe estar previsto en la evaluación de los riesgos. Habrá que esperar al nuevo desarrollo reglamentario –o a las previsibles modificaciones sobre el actual para acomodarlo a estos importantes cambios–.

Por lo demás, se trata de una disposición aplicable también en los regímenes especiales a tenor de la nueva modificación operada sobre la D.A.4ª LGSS: a los trabajadores por cuenta ajena de todos los regímenes especiales y a los trabajadores por cuenta propia en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente en los términos y con las dudas antes señaladas respecto del riesgo durante el embarazo.

#### **4.4. Modificaciones en materia de Prestaciones Familiares (en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar)**

También las prestaciones familiares han sido objeto de modificación con la LOIEMH, modificaciones que giran en torno al establecimiento de ficciones de cotización para el acceso a alguna o algunas de las prestaciones que integran la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

No cabe duda que las ficciones de cotización son un sistema promocional útil –y barato, por lo menos, a corto plazo– pues se trata de un derecho que tiene un plazo de efectividad diferido e incluso en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad –casos de carreras contributivas insuficientes incluso con las cotizaciones ficticias o los supuestos de carreras de seguros a las que nada añaden. En todo caso, no todas las ficciones de cotización se configuran como prestaciones familiares; junto a estas que ahora se van a exponer el ordenamiento de la Seguridad Social conoce de otras muchas que responden a políticas y finalidades distintas e incluso la propia LOIEMH introduce otras nuevas fuera del ámbito de la protección familiar (la señalada en los supuestos de maternidad durante el desempleo y la ficción prevista en la nueva D.A.4ª LGSS).

Efectivamente, el art. 180 LGSS –en su redacción otorgada por la Ley 52/2003 de 10 de diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social– contemplaba como única prestación familiar en su modalidad contributiva una ficción de cotización para el primer año de la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos –natural o adoptivo– o de menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo o por cuidado de otros familiares, periodo que se ampliaba a 15 meses si la unidad familiar de la que formara parte el menor tenía la consideración de familia numerosa de categoría general y a 18 meses si era familia numerosa de categoría especial.

La LOIEMH modifica esta prestación ampliando las duraciones señaladas e introduce tres nuevos supuestos de prestaciones familiares contributivas.

En primer lugar, el nuevo art. 180.1 LGSS extiende a los dos primeros años del periodo de excedencia para el cuidado de hijos o menores acogidos en los supuestos de acogimiento permanente o preadoptivo aunque sea provisional, la consideración de periodo de ocupación cotizada a efectos de las presta-

ciones de incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y maternidad adicionando también la nueva prestación de paternidad, ampliándose a 30 y 36 meses en el supuesto de que la unidad familiar de la que forme parte el menor por el que se solicita la excedencia tenga la consideración de familia numerosa de categoría general o especial, respectivamente. La reforma duplica, por tanto, los periodos de ficción de cotización desgajando así la duración de la ficción de cotización de la inicial conexión que esta tenía con el primer año que, durante la excedencia, el trabajador tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo.

El alcance de esta ficción se restringe a las prestaciones señaladas estando excluidas, por tanto, tanto la incapacidad temporal, como el desempleo como aquellas otras que, por tener causas profesionales en la actualidad, no exigen periodo de carencia tales como el riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia. Se trata esta de una consecuencia indirecta de la modificación del riesgo causante de estas prestaciones al que antes nos hemos referido. El periodo de cotización señalado surte efectos tanto para la cobertura del periodo mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, del porcentaje aplicable para el cálculo de su cuantía, considerándose a los beneficiarios en situación de alta durante dicho periodo para acceder a las citadas prestaciones (art. 6 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrollan las prestaciones familiares). El tiempo de esta excedencia que excede del periodo considerado como de ocupación cotizada en el art. 180 LGSS tiene la consideración de situación asimilada al alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, con la salvedad de la prestación de incapacidad temporal y maternidad<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> D.A.3º RD 1251/2001, de 16 de noviembre, en su nueva redacción operada por el RD 1335/2005, de 11 de noviembre.

Por lo que respecta a la protección por desempleo, aunque no le alcanza la ficción de cotización señalada, el periodo de excedencia no superior a tres años sí se considera situación asimilada al alta a efectos de obtener la prestación por desempleo, pudiendo retrotraerse el periodo de seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar por todo el periodo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en situación de excedencia forzosa<sup>90</sup>.

Esta ficción de cotización se limita a los trabajadores por cuenta ajena –con exclusión, por tanto, de los trabajadores por cuenta propia (ex art. 180 LGSS y ex D.A.8ª LGSS) pues únicamente procede en los supuestos que el trabajador esté disfrutando de una suspensión contractual lo que sólo puede acontecer en el ámbito de relaciones por cuenta ajena. Perdura aquí la conexión entre las medidas arbitradas en el ámbito del ordenamiento laboral y la protección dispensada en el ámbito reparador del ordenamiento de la Seguridad Social, conexión perdida, como ya se ha señalado, en otros ámbitos avanzando así en la cada vez mayor autonomía del ordenamiento de la Seguridad Social respecto del Derecho del Trabajo. Además, y según dispone la D.T.7ª LOIEMH, esta ficción de cotización se aplica a las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la ley es decir, a partir del 24 de marzo de 2007.

En segundo lugar, y ya como nuevos supuestos de ficciones de cotización conceptuados dentro de la protección familiar contributiva, la LOIEMH ha añadido tres nuevos epígrafes al art. 180 LGSS de los cuales sólo dos tienen relación con el tema que nos ocupa de la maternidad y que se encuentran conectadas con algunas de las modificaciones operadas en el ámbito del tiempo de trabajo antes señaladas:

<sup>90</sup> Ex Ley 4/1995, de 23 de marzo, de Regulación del permiso parental y por maternidad.

a) El art. 37.5 ET consagra un derecho a la reducción de jornada entre 1/8 (antes era 1/3) y 1/2 de su duración por guarda legal de menor de –tras la LOIEMH– 8 años –antes eran 6– o de una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial siempre que no desempeñe una actividad retribuida, reducción de jornada que lleva aparejada una reducción proporcional del salario. Esta reducción de salario lleva aparejada una reducción de la cotización e, indirectamente, una reducción de las futuras prestaciones si el periodo a tomar en consideración para su cálculo comprendiera ese periodo dentro del periodo computable. La ficción de cotización que la LOIEMH introduce, consiste en considerar como cotizado al 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin reducción de las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor. La ficción de cotización se limita al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en dicho art. 37.5 ET.

b) Para entender el nuevo art. 180.4 LGSS hay que partir de la consideración de que durante la situación de excedencia ni se percibe salario ni existe, por tanto, cotización, por lo que el hecho de que se establezca una ficción de cotización obliga a establecer algún sistema para determinar por qué base de cotización hay que computar dicho periodo. El art. 7 RD 1335/2005, de 11 de noviembre disponía (y dispone) que a tales efectos –se refería a los efectos de la consideración de los periodos de excedencia como cotizados– la base de cotización estaría constituida por el promedio de las bases de cotización del interesado correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del periodo de excedencia laboral para el cuidado del hijo, del menor acogido o de otros familiares. El nuevo art. 180.4 LGSS lo que dispone ahora es que, para el supuesto de que dicha excedencia hubiera estado precedida de una reducción de jornada en los términos señalados en el art. 37.5 ET –es decir, para el cui-

dado de hijos, menores o familiares–, las cotizaciones realizadas durante la reducción de la jornada se computarán también incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

Al igual que la ficción de cotización prevista en el art. 180.1 LGSS, estas ficciones de cotización resultan aplicables únicamente para las prestaciones que se cusan a partir del 24-3-2007, fecha de entrada en vigor de la LOIEMH (D.T. 7ª LOIEMH).

#### 4.5. Otras cuestiones en materia de Seguridad Social

Las modificaciones operadas en el ordenamiento de la Seguridad Social alcanzan otras cuestiones también conectadas con la maternidad, además de las señaladas.

Así y en primer lugar, son varias las bonificaciones en la cotización que encuentran su justificación en la maternidad. El Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre estableció una serie de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social respecto de los contratos de interinidad que se celebraran con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento. La creación de las nuevas situaciones protegidas como el riesgo durante el embarazo (Ley 39/1999 de 11 de noviembre) y la suspensión por paternidad y riesgo durante la lactancia (LOIEMH) determinaron y determinan, respectivamente, la necesidad de adecuar dichas bonificaciones, establecidas con la idea de que no sean los costes sociales asociados al trabajo los causantes de la discriminación de la mujer en el acceso al trabajo, a estas nuevas situaciones y por tanto, los contratos de interinidad suscritos con personas desempleadas para sustituir a los trabajadores y trabajadoras que tengan suspendidos sus contratos de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia



natural y durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento pre-adoptivo o permanente o que disfruten de la suspensión por paternidad. La bonificación es del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social incluyendo las contingencias profesionales y los conceptos de recaudación conjunta. Igual modificación se ha operado sobre la Disposición Adicional 2ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, estableciendo idéntica bonificación para los trabajadores y los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural. Es de significar que se contempla por primera vez la posibilidad de bonificar al 100% la cotización de un trabajador autónomo sustituido por el disfrute de los citados derechos vinculados al ejercicio de la maternidad. En tal caso no obstante la bonificación se predica exclusivamente de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda, el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos con independencia, por tanto, de la cotización que el trabajador esté efectivamente realizando.

La LOIEMH ha establecido, además de las anteriormente señaladas, otra nueva ficción de cotización cuya peculiaridad es que se predica de personas no incluidas, en el momento y por el hecho anudado a la ficción, que es la maternidad biológica, en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social. Efectivamente, la nueva D.A.44ª LGSS declara el cómputo, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente en cualquier régimen de la Seguridad Social, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días mas por cada hijo, a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple. No se aplica esta ficción si la solicitante de la pensión, por ser trabajadora o funcionaria en

el momento del parto, hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. Se trata de una medida de fomento de la natalidad muy positiva al permitir a las mujeres no integradas en el momento del parto en el Sistema de Seguridad Social y, por tanto, sin generar por el periodo de disfrute del permiso de maternidad cotización alguna, un crédito de cotizaciones para, si con posterioridad se incorporaran al Sistema de Seguridad Social, permitirles adquirir sus propios derechos sociales en materia de jubilación e incapacidad permanente<sup>91</sup>.

Habrà que esperar a un futuro desarrollo reglamentario para ver como se desarrolla dicha previsión, cuya aplicación se restringe a las prestaciones causadas a partir del 24-3-2007<sup>92</sup>: lo mas conveniente sería que se reconociera de oficio por la entidad gestora cuando la trabajadora entrara a formar parte del sistema pues, en definitiva, los medios informáticos actuales permiten sobradamente que la gestora, que conoce estos datos personales, los aplique de oficio. Dejar a la petición de la interesada su solicitud, incluso aunque sea con carácter imprescriptible, exige que la mujer tenga unos conocimientos que, en muchos casos, no tiene y no cabe exigirle. La Administración Pública cualquiera que esta sea opera por mandato legal bajo los principios de eficiencia y eficacia y cuenta con los medios técnicos suficientes para computar de oficio dichas cotizaciones.

Por otro lado, quizá hubiera podido prevverse un mayor alcance de la medida otorgándole otros efectos económicos para, por ejemplo, la pensión de viudedad en el caso de que la trabajadora no genere pensión de jubi-

<sup>91</sup> TORTUERO PLAZA ya propuso esta medida en la obra señalada como una de las propuestas de reforma a adoptar para la mejora del régimen de la protección de maternidad. Vid. «50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral», Madrid (Thomson-Civitas), 2006, pág. 100.

<sup>92</sup> D.T.7ª LOIEMH.

lación o incapacidad permanente ya porque no llegue nunca a realizar actividad profesional determinante de su inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social bien porque no llegue a reunir el suficiente periodo de carencia para acceder a las mismas. En la reforma global de la pensión de viudedad que se avecina –no sólo la ya prevista en el Proyecto de Ley de Reforma de las Pensiones (actualmente en fase de debate parlamentario) que sólo recoge parcialmente las modificaciones previstas en el Acuerdo para la Reforma de las Pensiones firmado el 13 de julio de 2006 entre el Gobierno y los agentes sociales<sup>93</sup>– podría ser tenido en cuenta para, por ejemplo, incrementar el porcentaje aplicable para determinar la cuantía de la pensión de viudedad o incluso, en los supuestos en los que el causante no reuniera el periodo de carencia, adicionar dichas cotizaciones a las propias del causante. Aunque lo deseable es que cada vez mas las mujeres generen sus propios derechos pasivos sería interesante que la pensión de viudedad se reconociera únicamente, por lo menos con carácter vitalicio, a las personas –hombres o mujeres–, realmente dependientes económicamente del

causante y sería en tal supuesto en el que cabría dotar de algún efecto semejante al señalado.

La LOIEMH ha modificado también las reglas para el cálculo de la prestación por desempleo cuando con anterioridad al desempleo, y dentro del periodo computable para la determinación de la base reguladora, se hubiera hecho uso de los derechos a la reducción de jornada contemplados en los apartados 4 bis, 5 y 7 del art. 37 LGSS, es decir, la reducción de jornada por lactancia de hijo menor de 9 meses, la reducción por hospitalización de hijos prematuros o similar causa y la reducción por guarda legal de menor de ocho años o persona disminuida física, psíquica o sensorial. La cuantía de la prestación contributiva por desempleo se calcula mediante la aplicación de un porcentaje variable (el 70% durante los primeros 180 días y el 60% a partir del día 181) a una base reguladora constituida por el promedio de las bases de cotización por desempleo –sin incluir la retribución por horas extras– de los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo. A la cuantía así determinada se le aplican unos límites económicos que vienen a matizar el carácter contributivo propio de esta prestación, límites que, predicados porcentualmente sobre el IPREM, toman en consideración el número de hijos a cargo del trabajador.

Sobre ambos aspectos ha incidido la LOIEMH: en primer lugar, disponiendo el «efecto neutro» de las citadas reducciones de jornada a efectos del cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo cuando en el periodo para el cálculo de la base reguladora –es decir, en los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo–, el trabajador hubiera tenido su jornada reducida. Este efecto neutro se concreta en que las bases de cotización de dicho periodo se computaran incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. La jurisprudencia ya ha-

<sup>93</sup> Esta reforma anunciada limita sus efectos a los nacidos con posterioridad a 1-1-1967 –como se recordará, fecha de entrada en vigor del actual sistema de Seguridad Social– aunque ello no descarta la implementación de otras medidas que pudieran afectar también al colectivo nacido con anterioridad a dicha fecha. Vid. sobre el Proyecto de Ley de Reforma de las Pensiones, VICENTE PALACIO, A., «Las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad en el régimen especial del mar. especial consideración a las modificaciones previstas en el Proyecto de Ley de Reforma de las Pensiones», en Jornada sobre Cuestiones Actuales de Derecho Marítimo (Coord. O. Fotinopoulou Basurko), Vitoria-Gasteiz (Gobierno Vasco), en prensa. Sobre el Acuerdo de 13 de julio de 2006 vid. GARCÍA NINET, J.I. «Acerca de lo qué pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social» Tribuna Social nº 187, 2006; PANIZO ROBLES, J.A. «Un nuevo paso hacia la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006», Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, nº 281-282, agosto-septiembre 2006.

bía señalado que el mandato legal era claro y que no era posible retrotraer el periodo de los 180 días que se toma como referencia para el cálculo de la base reguladora al momento anterior a la reducción de jornada por mucho que esta solución pudiera resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro mas completo de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, remitiendo al legislador la superación de esas posibles insuficiencias, con la asunción del coste financiero que ello implica»<sup>94</sup> negando que pudiera concluirse en que dicho trato era discriminatorio<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Vid. en Sala General, STS de 2-11-2004 (RJ 2004, 7782) y 4-11-2004 (RJ 2005, 1055). Vid. también SSTS de 2-11-2004 (RJ 2004, 1053), de 2-11-2004 (RJ 2005, 855), de 2-11-2004 (RJ 2005, 1984) en Sala General también y con voto particular en contra; de 23-11-2004 (RJ 2004, 7655), de 14-3-2005 (RJ 2005, 3552) y STS de 31-1-2006 (RJ 2006, 2850).

Mantuvo tesis inicial en contra la STS de 6-4-2004 (RJ 2004, 5909). Según esta sentencia, el resultado al que se llegaba con la aplicación del art. 211 LGSS no resultaba compatible con los principios de nuestro ordenamiento y las directrices del Derecho Comunitario para la promoción de la conciliación de la vida laboral y familiar entendiendo que para que tales medidas tengan plena efectividad es necesario que de las mismas no se deriven efectos negativos sobre los derechos en curso de adquisición de los trabajadores. En base a estas consideraciones la citada sentencia concluía que de la regulación del art. 180 LGSS y el art. 4 Ley 4/1995, «se podía deducir una regla general conforme a la cual el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se podrá retrotraer descontando el tiempo en que el trabajador hubiera permanecido en excedencia. Con ello, si bien la base reguladora no podría integrarse con los valores a tiempo completo de la base de cotización en el momento de producirse la situación protegida, sí podría calcularse con los valores de esa base en el periodo de cómputo anterior a la iniciación de la reducción y en este caso, de la excedencia que le precedió».

<sup>95</sup> STS de 21-2-2005 (RJ 2005, 2796): «no existe identidad entre quien trabaja a tiempo completo y quien lo hace con jornada reducida. La comparación correcta es la que debería establecerse entre quien trabaja con jornada reducida por guarda legal y quien lo hace también con jornada reducida pero por otra causa, y es claro que el tratamiento legal es el mismo, por lo que ni hay desigualdad de trato ni discriminación al-

La segunda modificación afecta a la aplicación de esos límites porcentuales del IPREM en función del número de hijos a cargo del beneficiario. El párrafo segundo del nuevo art. 211.5 LGSS dispone que cuando la situación legal de desempleo se produzca estando el trabajador en alguna de las reducciones de jornada mencionadas, los cuantías máximas y mínimas señaladas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada. Por tanto, la previsión contenida en el art. 211.3 LGSS según la cual en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial las cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas —aunque incrementado en una sexta parte— hay que entenderlo referido al resto de supuestos de trabajo a tiempo parcial y no en los supuestos de reducción de jornada por los motivos señalados<sup>96</sup>.

También respecto de la obligación de cotizar en estas situaciones y las consecuencias anudadas a la misma de cara al acceso a las prestaciones ha introducido novedades la LOIEMH si bien de poca importancia y fundamentalmente, tendentes a introducir en los preceptos reguladores de ambas cuestio-

guna. En realidad, lo que se pretende con este tipo de pretensiones no es denunciar un trato desigual peyorativo, sino pedir un trato diferente favorable o promocional, pues lo que reprocha a los órganos judiciales es que hayan aplicado la norma general establecida para todos los beneficiarios en lugar de la regla especial que la parte reivindica, pero que no está prevista en la legislación vigente (...).

<sup>96</sup> Sin conexión con la maternidad, pero por razones sistemáticas, hay que señalar también la modificación operada en el art. 217.1 LGSS que si con anterioridad preveía como cuantía del subsidio por desempleo el 80% IPREM vigente en cada momento, cuantía que en el caso de desempleo por pérdida de trabajo a tiempo parcial había que prorratear —en algunos de los supuestos— en proporción a las horas previamente trabajadas, ahora se suprime tal prorrata y se declara expresa y tajantemente que también en el caso de pérdida de un empleo a tiempo parcial se percibirá en la cuantía indicada.

nes las nuevas prestaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia natural. Efectivamente, el art. 106.4 LGSS ha sido modificado en orden a introducir entre los supuestos en los que continúa la obligación de cotizar, junto a la incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, la maternidad y el riesgo durante el embarazo, los nuevos supuestos de paternidad y riesgo durante la lactancia natural. Por su parte, el art. 124 LGSS se ha modificado en orden a introducir ambas prestaciones a efectos del cómputo de los distintos periodos de carencia exigidos para el acceso a las prestaciones. Finalmente, como ya se ha señalado, el nuevo apartado 6 del art. 124 LGSS declara una nueva ficción de cotización: el periodo por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo o que se inicie durante la prestación por desempleo se entenderá cotizado si bien dicha ficción de cotización se limita a los efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

#### 4.6. Una ocasión perdida: trabajo a tiempo parcial y maternidad

Como es sabido, es la D.A.7ª LGSS la que regula el alcance de la protección social de los trabajadores a tiempo parcial disponiendo, a los efectos que ahora interesa, dos previsiones de interés:

1) En primer lugar, y respecto del cómputo de los periodos de carencia, predica una regla de proporcionalidad estricta que sólo matiza respecto de las prestaciones de incapacidad permanente y de jubilación. Así pues, respecto de las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo la normativa vigente hasta la promulgación de la LOIEMH disponía la regla de proporcionalidad estricta es decir, el cómputo exclusivo de las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.

2) En segundo lugar, la base reguladora diaria de la prestación de maternidad es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365 salvo que la antigüedad en la empresa sea menor, en cuyo caso la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan (art. 6 RD 1131/2002 de 31 de octubre<sup>97</sup>). Por lo que refiere a la prestación de riesgo durante el embarazo, el art. 5 del RD 1131/20002, de 31 de octubre, todavía vigente, dispone, remitiendo a su art. 4.1 (regla b) relativo a la prestación de incapacidad temporal, que la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho periodo, salvo que la antigüedad en la empresa fuera menor, en cuyo caso la base reguladora será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan, abonándose, en ambos casos, la prestación durante todos los días naturales que el interesado se encuentre en esa situación.

La D.A.7ª fue incorporada a la LGSS por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de diciembre aunque tiene su origen en el párrafo segundo del art. 12.4 ET en la redacción operada por el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo aunque con alguna modificación de calado y concretamente el establecimiento de una matización a la regla de proporcionalidad absoluta inicialmente establecida para

<sup>97</sup> Vid. arts. 6 y 17 RD 1251/2001 de 16 de noviembre, por el que se regula las prestaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo que remite a la normativa específica en materia de trabajo a tiempo parcial para la maternidad y riesgo durante el embarazo, respectivamente.

el computo de los periodos de carencia, al disponer ahora la D.A.7ª LGSS, para las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación, la aplicación de un coeficiente de 1,5<sup>98</sup>. La doctrina y la jurisprudencia criticaron fuertemente esta regla estricta de proporcionalidad llegando la cuestión incluso al Tribunal Constitucional<sup>99</sup> que, con anterioridad a la señalada modificación legal por la que se matizó el principio de proporcionalidad para el cómputo del periodo de carencia, declaró –si bien con voto particular en contra<sup>100</sup>– la inconstitucionalidad de dicha regulación por violación del principio de igualdad. La cuestión de inconstitucionalidad presentada así como, posteriormente, sendos recursos de amparo de los que, sobre la misma cuestión, tuvo que conocer el Tribunal Constitucional<sup>101</sup>, también argumentaban que dicha regulación violaba el principio de no discriminación por razón de sexo al estar el trabajo a tiempo parcial fuertemente feminizado y por tanto, ser plenamente aplicable la doctrina del TJCE sobre la discriminación indirecta.

La conclusión del Tribunal Constitucional fue terminante: dicha disposición legal conducía claramente a un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad cuanto menos con aquellas prestaciones contributivas que exigían amplios periodos de cotización. Para el Tribunal Constitucional mientras resultaría razonable que, por la aplicación del principio contributivo, los trabajadores a tiempo parcial percibieran una pensión de cuantía proporcionalmente

inferior a la del trabajador a tiempo completo dado el menor esfuerzo contributivo del trabajador a tiempo parcial, la regla de proporcionalidad estricta aplicada al periodo de carencia determina una dificultad injustificada de acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social, exigiéndoles unos periodos de actividad mas extensos para reunir el requisito de carencia, lo que resulta especialmente gravoso en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral bajo la modalidad a tiempo parcial. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional matizó su doctrina cuando a renglón seguido pareció circunscribir dicha declaración a aquellas prestaciones contributivas que exigían amplios periodos de cotización citando expresamente las pensiones de jubilación y las pensiones de incapacidad permanente.

Esta matización plantea al intérprete actual dos cuestiones fundamentales y nos conduce nuevamente al tema de la maternidad que ahora estamos analizando. ¿Hubiera sido el mismo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional si la prestación controvertida no hubiera sido una pensión de jubilación o una pensión de incapacidad permanente, sino otra con un periodo de carencia menor, como puede ser precisamente la prestación por maternidad?. Y otra duda igualmente trascendental ¿salva materialmente esta precisión de la doctrina del Tribunal Constitucional la actual regulación contenida en la regla segunda de la D.A.7ª LGSS en cuanto que matiza, por la aplicación del coeficiente de 1'5 sobre el resultado matemático de la conversión de las horas trabajadas en días, la regla estricta de la proporcionalidad cuestionada, si bien limitada a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente?

Así ha parecido entenderlo el legislador que no ha modificado, mas que mínimamente para dar entrada a la prestación por paternidad en los mismos términos que la prestación de maternidad, la D.A.7ª LGSS en su redacción actual lo que no deja de ser cuestionable jurídica y políticamente a lo que hay

<sup>98</sup> El art. 12 ET en su redacción operada por el Real Decreto Legislativo 1/1995 fue modificado por el Real Decreto Ley 8/1997, de 16 de mayo de Medidas Urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Esta modificación afecto a la numeración del art. 12, pasando el anterior epígrafe 3 a ser el epígrafe 4, sin modificación alguna de su redacción.

<sup>99</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre

<sup>100</sup> Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

<sup>101</sup> STC 49/2005, de 14 de marzo y STC 50/2005, de 14 de marzo.



que añadir razones de coherencia interna de la propia norma como ahora se señalará.

Jurídicamente, porque el Tribunal Constitucional –aunque efectivamente basó su declaración de inconstitucionalidad básicamente por violación del principio de proporcionalidad, integrante del principio de igualdad– también dio cumplida argumentación sobre la otra tacha de inconstitucionalidad alegada, la violación del principio de igualdad por razón de sexo. Ya se ha señalado que, tanto el juez en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad como los dos recursos de amparo presentados imputaban a esta regulación su carácter discriminatorio por razón de sexo al estar el trabajo a tiempo parcial fuertemente feminizado conclusión que comparte el Tribunal Constitucional sobre la base del concepto comunitario de discriminación indirecta entendiendo por tal la «situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». Para el Tribunal Constitucional aunque este concepto –como es sabido de creación jurisprudencial–, no determina la imposibilidad de cualquier diferencia de trato en base a su resultado<sup>102</sup>, concluye que, en este caso, no concurre la justificación objetiva de una finalidad legítima y la adecuación y necesidad de los medios para alcanzar dicha finalidad. El principio de contributividad invocado –del que deriva el principio de proporcionalidad entre la cotiza-

ción y las prestaciones– no es, a juicio del Tribunal Constitucional, razón bastante para justificar el diferente trato pues dicho principio de contributividad se aplica –y aquí si justificadamente– para el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de donde resultará una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial por comparación con los trabajadores a tiempo completo pero, sin embargo, no justifica la diferencia de trato en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones al conducir a un resultado desproporcionado.

Pero también políticamente esta falta de modificación merece una severa crítica. Si el trabajo a tiempo parcial está fuertemente feminizado como así se desprende de todos los datos estadísticos disponibles, tanto a nivel nacional como comunitario; si la LOIEMH tiene por objeto y finalidad trabajar en pos de la consecución de una «igualdad efectiva»; si la maternidad está fuertemente feminizada no sólo por las obvias razones físicas en el caso de la maternidad biológica sino también por los actuales patrones sociales que se pretenden cambiar; si todo ello es así, lo lógico y razonable hubiera sido que el legislador hubiera modificado en profundidad las reglas aplicables al cómputo del periodo de carencia de los trabajadores a tiempo parcial. Esta modificación, suprimiendo cualquier regla de proporcionalidad a efectos del cómputo del periodo de carencia, hubiera debido alcanzar a todas las prestaciones dispensadas por el sistema y no sólo a las que exigen «largos periodos de cotización» por la propia funcionalidad del periodo de carencia<sup>103</sup> pero, en todo

<sup>102</sup> Así, por ejemplo, el TJCE ha declarado la inexistencia de discriminación indirecta en la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, por estar justificada tal exclusión en motivos de política social (STJCE de 14-12-1995, Asunto Megner y Schffel, así como la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14-12-1995, Asunto Nolte).

<sup>103</sup> Sobre el particular, vid. in extenso, VICENTE PALACIO, A., «Trabajo a tiempo parcial y determinación del periodo de carencia para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación. (Comentario a las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005, de 14 de marzo y 50/2005, de 14 de marzo)», Revista General del Derecho (IUSTEL), número 9, julio 2005»; VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA NIÑET, I., «STC 253/2004, de 22 de diciembre. Periodo de

caso, aún de no compartirse mi opinión sobre cual es ésta, lo cierto es que, políticamente, lo razonable hubiera sido que, por lo menos respecto de la prestación por maternidad —de forma indirecta ya han quedado excluidas las dos prestaciones económicas por riesgos vinculados a la procreación (embarazo y lactancia), se hubiera suprimido a efectos del cómputo del periodo de carencia la regla de la proporcionalidad. Aunque el periodo de carencia exigido para tener acceso a la prestación de maternidad no es muy elevado y, además, la propia LOIEMH lo ha reducido y acomodado en función de la edad de la beneficiaria en el momento del hecho causante, si la LOIEMH ha intentado establecer el efecto neutro del ejercicio de la maternidad lo políticamente adecuado hubiera sido, por lo menos, extraer las prestaciones de maternidad (y de paternidad) de la aplicación de la regla estricta de proporcionalidad y, al igual que se dispone en materia de desempleo, romper esta regla de proporcionalidad y computar cada día trabajado como un día cotizado, cualquiera que haya sido la duración de la jornada<sup>104</sup>. Es verdad que, como efecto indirecto de la modificación operada por la LOIEMH del riesgo causante de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia es la supresión del requisito de carencia previa en estas prestacio-

nes y por tanto una mayor facilidad para acceder a estas prestaciones de las trabajadoras a tiempo parcial pero respecto de la prestación de maternidad la regulación continúa igual. Y las consecuencias negativas de esta situación no se ven compensadas por la creación del nuevo subsidio asistencial antes señalado: como he señalado en otras ocasiones<sup>105</sup>, la proporcionalidad y contributividad que rigen en nuestro sistema de seguridad social no sólo tienen muchas excepciones sino que además, por lo que al trabajo a tiempo parcial se refiere, se encuentran garantizados en el momento del cálculo de la cuantía de las prestaciones al calcularse sobre las bases de cotización correspondientes a salarios a tiempo parcial y por tanto inferiores a los percibidos a tiempo completo.

Finalmente, razones de coherencia interna refuerzan los argumentos anteriores. La LOIEMH<sup>106</sup> ha creado nuevas ficciones de cotización, configuradas como prestaciones familiares, en orden a atenuar las consecuencias negativas que el ejercicio de ciertos derechos vinculados a la maternidad y las responsabilidades familiares puede implicar sobre las carreras de protección social de los trabajadores y, precisamente, sobre aquel de los extremos —el cálculo de la base reguladora— que mejor refleja la aplicación del principio de proporcionalidad que inspira, con carácter general, nuestro nivel contributivo

carencia de los trabajadores a tiempo parcial: derogación por discriminatorio del párrafo 2 del Art. 12.4 Estatuto de los Trabajadores. Voto particular», en «Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social» (dir. ALONSO OLEA y MONTOYA MELGAR), Tomo XXII, 2004.

<sup>104</sup> En materia de desempleo, la regla Cuarta D.A.7ª LGSS remite a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica, lo que se reitera por el art. 2.2 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, lo que supone la aplicación del art. 3.4 Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Hay que señalar que se trata de una situación curiosa pues las sucesivas reformas que sobre esta materia se llevaron a cabo incluían entre las prestaciones a las que aplicar la regla de la proporcionalidad absoluta las prestaciones por desempleo pero ninguna de estas normas fue incorporada ni al Título III LGSS ni al RD 625/1985, de 2 de abril.

<sup>105</sup> VICENTE PALACIO, A., «Trabajo a tiempo parcial y determinación del periodo de carencia para el acceso a la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación. (Comentario a las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, 49/2005, de 14 de marzo y 50/2005, de 14 de marzo)», Revista General del Derecho (IUSTEL), número 9, julio 2005»; VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA NINET, I., «STC 253/2004, de 22 de diciembre. Periodo de carencia de los trabajadores a tiempo parcial: derogación por discriminatorio del párrafo 2 del Art. 12.4 Estatuto de los Trabajadores. Voto particular», en «Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social» (Dir. Alonso Olea y Montoya Melgar), Tomo XXII, 2004.

<sup>106</sup> Nuevo art. 180.3 y 4 LGSS y nuevo art. 211.5 LGSS.

de prestaciones. Y sin embargo el legislador en el aspecto que, técnicamente no refleja esa conexión o la refleja de forma mas atenuada, ha mantenido la exigencia de un re-

quisito que dificulta el acceso a la protección social contributiva de un colectivo de trabajadores que, en su mayor número, son mujeres.